



UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**EL ROL DEL JUEZ EN TORNO A LA JUSTICIA Y A LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES SEGÚN EL NEOCONSTITUCIONALISMO**

*Monografía previa a la obtención del Título
de Abogada de los Tribunales de Justicia de
la República y Licenciada en Ciencias
Políticas y Sociales.*

AUTORA:

PAULA DANIELA URIGÜEN GARCIA
CI: 0104764113

DIRECTOR:

PhD. JULIO TEODORO VERDUGO SILVA
CI: 0301697280

Cuenca - Ecuador

2017



RESUMEN

El neoconstitucionalismo es una teoría jurídica que nos ubica frente a un Estado cuya finalidad es la de respetar y garantizar los derechos fundamentales de los individuos, en todos los escenarios que nos presenta la realidad actual.

A pesar de que el neoconstitucionalismo se desarrolló hace décadas en la Europa posbélica, esta teoría llega a América Latina de manera tardía y logra consolidarse, como la respuesta adecuada a las demandas de grupos sociales y de colectivos, que exigían un cambio en la legislación, en la justicia y un verdadero reconocimiento a sus derechos.

En el Estado Constitucional de Derechos Ecuatoriano, el desarrollo de esta corriente jurídica es evidente a partir del proceso constituyente que inicio en el país desde año 2008 con la elaboración de la Constitución de la Republica, la cual marco el inicio de un desarrollo normativo y una actividad jurídica progresista, enfocada en la defensa de la Constitución y en la protección de los derechos fundamentales.

Palabras Claves: Neoconstitucionalismo, Constitución, Derechos Fundamentales, Corte Constitucional, Supremacía Constitucional.



ABSTRACT

Neo-constitutionalism places us in front of a state whose final purpose is to respect and to guarantee the fundamental rights of every human being, despite of the scenarios and challenges that our current reality presents us.

Although neo-constitutionalism developed in Europe decades ago, it arrived into Latin America belatedly and achieved an important consolidation, as the appropriate answer to the claims of social groups and collectives that required for changes in the legislature, the justice system and a true recognition of their rights.

In our Constitutional State of Rights, the development of this legal stream is notorious since the constituent process that began in 2008 with the validity of the Constitution of the Republic, which led to a progressive regulatory and jurisprudential development, focused on the Constitution and on human rights.

Keywords: Neo-constitutionalism, Constitution, Human Rights, Constitutional Court, Constitutional Supremacy.



INDICE DEL TRABAJO

RESUMEN.....	2
ABSTRACT	3
INDICE DEL TRABAJO	4
INDICE DE TABLAS.....	5
INDICE DE FIGURAS.....	5
CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR.....	6
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	7
DEDICATORIA	8
AGRADECIMIENTO	9
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPITULO I.....	13
EL NEOCONSTITUCIONALISMO	13
1.1. Acercamiento histórico al neoconstitucionalismo	13
1.2. Alcances del neoconstitucionalismo	17
1.3. El neoconstitucionalismo en el Ecuador	22
CAPITULO II.....	29
EL JUEZ Y LA APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.....	29
2.1. Supremacía constitucional.....	29
2.2. Interpretación y aplicación de la Constitución por parte del Juez.....	35
2.3. La actividad del juez en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	43
CAPITULO III.....	47
EL JUEZ Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	47
3.1. Breve aproximación histórica sobre los derechos fundamentales	47
3.2. La ponderación de derechos presente en el neoconstitucionalismo	51
3.3. Sentencia 002-09-SAN-CC	56
3.3.1. Motivo de análisis de la sentencia 002-09-SAN-CC dictada dentro del caso 0005-08-AN en la Corte Constitucional	56
3.3.2. Antecedentes.	57
3.3.3. Demanda.....	57
3.3.4. Sobre el dictamen emitido por el Procurador General del Estado.....	58
3.3.5. Sobre la actuación del Gerente General y del Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.	60
3.3.6. Otras consideraciones emitidas por la Corte Constitucional.	61



3.3.7.	Ponderación de Derechos: Derechos de las personas discapacitadas como grupo de atención prioritaria vs. Derechos del medio ambiente y derechos del consumidor.....	62
3.3.8.	Declaratoria de inconstitucionalidad.	63
3.3.9.	Análisis de Sentencia 002-09-SAN-CC.	63
3.4.	El juez neoconstitucionalista como garante de los derechos fundamentales.....	66
CONCLUSIONES.....		69
BIBLIOGRAFIA.....		71

INDICE DE TABLAS

Tabla 1.....	48
Tabla 2.....	53

INDICE DE FIGURAS

Figura 1.	32
----------------	----



CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR



Universidad de Cuenca
Cláusula de derechos de autor

Paula Daniela Urigüen García, autora del Trabajo de Titulación "El rol del juez en torno a la justicia y a los derechos fundamentales según el neoconstitucionalismo", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor/a

Cuenca, 13 de marzo del 2017

Daniela Urigüen G

Paula Daniela Urigüen García

C.I: 0104764113



CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



Universidad de Cuenca
Clausula de propiedad intelectual

Paula Daniela Urigüen García, autora de la Monografía "El rol del juez en torno a la justicia y a los derechos fundamentales según el neoconstitucionalismo", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, 13 de marzo del 2017

Daniela Uriguen G

Paula Daniela Urigüen García

C.I. 0104764113



DEDICATORIA

A mis padres, a mis abuelos y a Diego

por ser el más grande e incondicional apoyo.



AGRADECIMIENTO

A la Universidad de Cuenca, y a cada uno de los docentes que forman parte de la Facultad de Jurisprudencia, por tantos años de enseñanza y excelencia en la formación profesional.

Al Dr. Teodoro Verdugo Silva, director del presente trabajo de titulación, por el tiempo, el apoyo y la dedicación entregados.



INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo es una teoría jurídica desarrollada a partir de aquellas constituciones que empiezan a surgir en Europa, en países como Italia y Alemania, una vez culminada la Segunda Guerra Mundial. Estas constituciones constan de ciertas características sustanciales y su contenido se ve desarrollado y consolidado a través de la labor desplegada por los distintos tribunales de justicia, en especial los constitucionales, y por los desarrollos teóricos que se han dado desde ese entonces sobre el tema, por autores como Paolo Comanducci, Ricardo Guastini, Susana Pozzolo, entre otros; es así que esta corriente se ha expandido y ha ganado importancia en América Latina y en otros países del mundo.

El término neoconstitucionalismo fue adoptado con el fin de denotar una postura anti positivista, sin embargo, esta corriente se difundió y adquirió una importante significación, razón por lo cual y a la par empezaron a surgir un cúmulo de dudas y contradicciones.

Uno de los problemas que más se discuten en relación al neoconstitucionalismo tiene que ver con que de manera si se quiere arbitraria y parcial se ha reunido a un cúmulo de autores bajo esta misma etiqueta, sin que muchos de ellos se identifiquen siquiera con la misma, ya que a pesar de que tienen ideas similares proponen soluciones diversas.

Algunos críticos como Antonio Garcia Amado o Manuel Atienza han establecido que el neoconstitucionalismo no existe, que no es más que una etiqueta vacía y que nadie sabe a qué se refiere cuando se hace alusión al mismo, ya que el término fue acuñado con el fin de hacer crítica al modelo positivista y desde entonces ha denotado vaguedad, contradicción e imprecisión en sus enunciados.

Sin embargo y a pesar de críticas y contradicciones, esta corriente evidencia fenómenos que generan un impacto significativo en los sistemas jurídicos en donde se implementan.

La Constitución cobra gran importancia como norma jurídica que impregna cada ámbito de la vida social, ya que sus normas se aplican de manera directa y los derechos de las personas y colectividades cobran un valor primordial, ya que se positivizan y se



garantizan por medio de las garantías jurisdiccionales y de las resoluciones tanto del juez ordinario como del constitucional. Adquiere además una importante fuerza expansiva ya que en su normativa se puede encontrar la solución a distintas controversias jurídicas.

Estas constituciones contienen catálogos de derechos fundamentales, los cuales impregnan a todo el ordenamiento jurídico y constituyen al ser humano como el centro y el fin de estos sistemas jurídicos. Por lo que el Estado y la ley tienen como fin el garantizar y satisfacer los derechos fundamentales de todos los individuos frente a todos los retos que nos presenta la realidad actual.

Estos derechos, reconocidos a favor de las personas y las colectividades, se encuentran positivizados y desarrollados exhaustivamente en la Constitución, así como también las garantías jurídicas necesarias para hacerlos efectivos, ya que del principio que establecía que los derechos humanos valían en medida que los reconocían las leyes, se pasa a que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida en que respetan los contenidos esenciales de los derechos humanos (Santiago, 2008, p.136).

En nuestro país la Constitución 2008 implicó un cambio fundamental, ya al ser norma jurídica de directa e inmediata aplicación, pues toda norma constitucional es aplicable aun cuando tenga la estructura de un principio, aunque para su aplicación se requiera de una interpretación a la luz de las realidades sociales, económicas, culturales y políticas (Ávila, 2008, p.9). Contempla además un cúmulo de derechos a favor de las personas y las colectividades en su parte dogmática, y establece que la Corte Constitucional como máximo órgano de control, interpretación y de administración de justicia constitucional, será la que resuelva los conflictos generados por violación de los preceptos constitucionales (Constitución de la Republica de Ecuador, 2008).

En este panorama, el papel del juez ya no consiste en un rol mecánico de aplicación de la ley sino que compone a rol más dinámico, en el que no es simple aplicador de la norma, o como se lo suele denominar “la boca de la ley”, sino que el mismo debe tomar decisiones en base a derechos fundamentales, mediante un profundo análisis del caso en concreto, en relación a aquellos valores que impregnan al ordenamiento jurídico y de una interpretación constitucional adecuada. Todo esto se debe evidenciar en la respectiva



resolución judicial, la que debe ser justa y razonada, y debe contar con la debida motivación.

Lo que supone esta corriente jurídica es que el Juez puede alejarse de las rigideces y formalismos tradicionales. Sin embargo, a pesar de que el neoconstitucionalismo impulsa una mayor actividad judicial, no implica un mayor activismo judicial. Ya que al juez le corresponde un papel más importante, pero no por ello se halla menos vinculado al derecho (Belloso, 2014, p.145).

De lo anterior se puede concluir que es en los fallos y en el desarrollo jurisprudencial en donde se puede evidenciar la verdadera labor que desarrollan los tribunales de justicia, por lo cual en un Estado Constitucional como el nuestro es de suma importancia la presencia de jueces profesionales, éticos e independientes, que estén comprometidos con la defensa del ser humano, su dignidad y sus derechos.



CAPITULO I

EL NEOCONSTITUCIONALISMO

1.1.Acercamiento histórico al neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo se sitúa históricamente dentro del derecho constitucional europeo, en donde, una vez culminada la Segunda Guerra Mundial se empiezan a evidenciar cambios importantes en algunos ordenamientos jurídicos, como son el Alemán, el Italiano y en el ordenamiento jurídico Español. Estos cambios e ideas se expanden y cobran gran importancia en América Latina y otros países del mundo; aunque con más precisión nos podemos ubicar en Europa Continental y en Latinoamérica, en donde esta corriente ha logrado su mayor consolidación.

Hacia América Latina esta corriente se expande en la década de los 90, posteriormente lo hace hacia los ex países comunistas y a otros estados como India, Sudáfrica y Turquía. Es por eso que el neoconstitucionalismo es una corriente europea en proceso de expansión y consolidación global (Santiago, 2008, p.5).

Se suele afirmar que el neoconstitucionalismo surge en Europa como consecuencia de los sistemas jurídicos fascistas, los cuales se caracterizaron por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos (Ávila, 2011, p.53). Y por la incapacidad regulatoria de la ley, al presentarse casos que no podían ser resueltos mediante la simple subsunción a la norma, sino que requerían de una interpretación, un análisis y una motivación más profunda.

Se ha destacado en este sentido la labor del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que por ejemplo, en su sentencia BVerfGE 18, 85 de la Primera Sala del 10 de junio de 1964 establece que los tribunales para la interpretación y la aplicación de la ley ordinaria deben tener en cuenta los criterios valorativos de los derechos fundamentales, si hacen caso omiso a estos criterios, estarían violando las normas que contienen derechos fundamentales y su sentencia podría ser revocada por el Tribunal



Constitucional Federal. Ya que en general, los procesos de subsunción normales dentro del derecho ordinario se encuentran sustraídos del examen posterior del Tribunal Constitucional Federal, siempre y cuando no se aprecien errores de interpretación relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del significado de un derecho fundamental, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección, y cuando su significado material también sea de alguna importancia para el caso legal concreto (Schwabe, 2009, p.42).

O la sentencia del Caso Lüth en la cual la Corte se plantea la interrogante de si ¿las normas de derechos fundamentales pueden tener efectos sobre el derecho civil? Resolviéndose que la Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral, sino que ha establecido un orden de valores objetivo, en el cual el la dignidad del ser humano y el libre desarrollo de su personalidad forman el núcleo de este sistema, válida para todas las esferas del derecho; así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura. Razón por la cual el nuevo derecho debe estar en concordancia con el sistema de valores fundamental, y el viejo derecho (anterior a la Constitución) debe orientarse –en cuanto a su contenido– a ese sistema de valores (Schwabe, 2009, p.202).

En América Latina procesos constituyentes de países como Nicaragua 1987, Brasil en 1988, Costa Rica 1989, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Argentina en 1994, Venezuela en 1999, Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009, son modelos de aceptación y consolidación del neoconstitucionalismo en nuestra región (Castell, 2014).

Estos procesos responden por una parte a la fragilidad del derecho en la región y por otra a la continua ruptura del régimen constitucional. En América Latina las brechas de inequidad y los niveles de corrupción son amplios, los funcionarios estatales y los ciudadanos más adinerados se encuentran en una posición distinta de aquellas clases subordinadas que no alcanzan su status real de ciudadanía ni son reconocidas como titulares de sus derechos, aunque formalmente lo sean (Vilhena, 2011).

Los jueces neoconstitucionales aunque no pueden cambiar esta realidad, pueden influir en ella aplicando la Constitución y de esta forma disminuyendo la impunidad, atendiendo las demandas de los grupos desfavorecidos, asegurando a toda persona un debido proceso,



limitando la violencia estatal y aplicando la ley con sujeción a los derechos fundamentales.

Como ejemplos de estas constituciones tenemos:

- **Constitución de Brasil de 1988:** En esta Constitución se establece que la República Federal de Brasil se constituye en un Estado Democrático de Derecho, en donde se reconocen y garantizan un cúmulo de derechos para a favor de las personas, entre los cuales se encuentran el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la intimidad, al honor, a la asociación, a la herencia, a la educación, a la protección contra el despido intempestivo, entre otros (Constitución Política de la República Federativa del Brasil, 1988).
- **Constitución de Colombia de 1991:** Esta Constitución tiene como mayores logros la implementación de la acción de tutela y la creación de la Corte Constitucional. Incluye en su texto una serie de derechos, como es a la libertad, a la equidad de género, a la honra, a un debido proceso, entre otros; instituye mecanismos de participación a favor de los ciudadanos como son el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato (Constitución Política de Colombia, 1991).
- **Constitución de Ecuador 2008:** Algunos juristas han afirmado que esta Constitución introdujo al neoconstitucionalismo al país. En esta se ha establecido que el Ecuador es una Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en el que uno de los deberes del Estado es el garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (Constitución de la República del Ecuador, 2008).
Contiene y desarrolla ampliamente los derechos reconocidos a favor de las personas y colectividades, además de los principios de aplicación de los mismos; así también determina nuevos métodos de interpretación y aplicación de la norma constitucional, con el fin de asegurar la eficacia de los derechos fundamentales; esto entre sus principales características.



En los ordenamientos jurídicos constitucionales latinoamericanos se reconoce de entre las normas que lo configuran a un conjunto más o menos extenso de derechos y las garantías de estos derechos; siguiendo las premisas de lo que se conoce como modelo democrático constitucional, que maduro en occidente después de la Segunda Guerra Mundial y que reúne las siguientes características:

1. Una Constitución escrita, rígida y suprema.
2. Un catálogo amplio de derechos fundamentales.
3. Reglas que permiten organizar el acceso y la gestión del poder público.
4. Mecanismos de control constitucional de las leyes.

En algunos casos estas Constituciones han sido objeto de reformas profundas, en otros de textos con modificaciones parciales, y en algunos han sido producto de verdaderos procesos constituyentes e innovadores textos constitucionales como son los de Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009. Ya que aunque las tesis del neoconstitucionalismo han sido asumidas por el nuevo constitucionalismo latinoamericano, estos procesos han sido producto de procesos populares y han adoptado instituciones de corte populista (Salazar, 2012, p. 347 – 350).

En América Latina se dio inicio a una nueva etapa de constitucionalismo bajo el influjo del neoconstitucionalismo europeo de postguerra, lo cual trajo consigo:

1. La incorporación de diversos principios y mandatos que reiteran en la mención a la dignidad humana, a la justicia social, a la erradicación de la pobreza, la construcción de una sociedad democrática y participativa, el predominio del interés general por sobre el particular, etc.
2. El establecimiento de mecanismos de participación directa como la consulta popular, el referendo, la revocatoria del mandato, entre otros.
3. La regulación de vías jurisdiccionales de defensa de la Constitución y protección de los derechos, los que se combinan con mecanismos de influencia.
4. Adopción de órganos de control de constitucionalidad.
5. Participación del pueblo, como titular de la soberanía, en el procedimiento de reforma de la Constitución a través de una convención constituyente o referendo.
6. Reconocimiento y protección de minorías étnicas y pueblos originarios.



7. Ruptura de la visión tripartita del poder, al incorporar en el caso Ecuatoriano a dos poderes más, el Electoral y el de Transparencia y Control Social.
8. Refrendo amplio de los derechos económicos y sociales.
9. Regulación de derechos difusos o colectivos como defensa del ambiente, derechos del consumidor y otros que por su naturaleza pertenecen a la comunidad.
10. Acogida de la cláusula de interpretación extensiva al determinar que la enumeración no niega la existencia de otros derechos inherentes a la persona.
11. Aceptación de la vigencia y la supremacía de Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos.
12. Protección a grupos vulnerables y el desarrollo de políticas a su favor.
13. Conducción de la política económica del Estado a través del establecimiento de fines, el control de los recursos naturales y del desarrollo de otros tipos de propiedad.
14. Mención expresa de la supremacía constitucional, entre otros (Villabela, 2013, p.94-96).

Por lo que cabe señalar que sin bien el neoconstitucionalismo introdujo profundos cambios en la Europa posbélica como resultado de sistemas jurídicos fascistas y la continua violación y desconocimiento de los derechos fundamentales, en el ámbito latinoamericano esta teoría emergió y se consolidó con rasgos propios de la región.

1.2. Alcances del neoconstitucionalismo

Para el Dr. Luís Prieto Sanchís no existe una teoría neoconstitucionalista unitaria y homogénea; establece que si bien la misma se desarrolla siempre en el marco del Estado Constitucional de Derecho, el único punto que tienen en común todas estas teorías es su distanciamiento del positivismo. (L. Prieto, comunicación personal, 22 de marzo de 2011).

Por lo tanto para el citado autor las teorías neoconstitucionalistas cuentan tan solo con dos características:

1. Surgen en el marco del Estado Constitucional de Derecho.



2. Todas estas teorías se apartan de la concepción positivista.

Miguel Carbonell ha establecido que el neoconstitucionalismo es una serie compleja de fenómenos en donde existen tres distintos niveles de análisis:

1. **Textos Constitucionales:** El neoconstitucionalismo pretende explicar una serie de textos constitucionales que surgen después de la Segunda Guerra Mundial a partir de los años setenta; al ser Constituciones que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado mediante de la ordenación de ciertos objetivos y amplios catálogos de derechos fundamentales.
2. **Prácticas Jurisprudenciales:** Con la expedición y la entrada en vigencia de tales textos constitucionales la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha cambiado, pues han tenido que aprender a realizar su función bajo nuevos parámetros interpretativos propios de los principios constitucionales: la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, etc.; se han encontrado además con la dificultad de trabajar con aquellos valores que están constitucionalizados..
3. **Desarrollos teóricos:** Estas aportaciones contribuyen no solo a explicar este fenómeno jurídico sino incluso a crearlo.

El neoconstitucionalismo tiene como novedad a estos tres elementos en común, en conjunto, compartiendo coordenadas de tiempo y espacio (Carbonell, 2010, p.161-166). Para el citado autor si bien el neoconstitucionalismo conlleva un proceso histórico, el mismo se ve desarrollado y se va consolidando a partir de la labor realizada por los tribunales de justicia y los teóricos del derecho constitucional. Considera que al contemplar fenómenos que se presenta de manera reciente en el Estado Constitucional los mismos no se encuentra cabalmente estudiados y analizados.

Paolo Comanducci utiliza una tripartición para entender de mejor forma a la corriente neoconstitucionalista, tomándola como a una doctrina que surge justamente con el



desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho y que pretende superar al positivismo jurídico.

1. **Como teoría del derecho:** El neoconstitucionalismo busca describir los logros de la constitucionalización. Este modelo está caracterizado por una Constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la Constitución de principios y no solo de reglas y por algunas peculiaridades con respecto a la aplicación e interpretación de las normas constitucionales con respecto a las normas legales.

Establece que al interior de la teoría neoconstitucionalista se encuentran dos tendencias opuestas de pensamiento:

- 1.1. Positivismo jurídico teórico de hoy en día, ya que el contenido de la teoría es diferente porque el objeto ha cambiado, sin embargo la metodología de enfoque no ha cambiado.
 - 1.2. Otros autores piensan que la teoría neoconstitucionalista es diferente a la teoría positivista no solo porque el objeto ha cambiado, sino porque es también diferente la actitud o el método de la teoría.
2. **El neoconstitucionalismo metodológico:** Afirma la conexión necesaria entre el derecho y moral de dos maneras:
 - 2.1. **Conexión identificativa:** Es la idea que establece que para poder identificar al derecho es necesario acudir a criterios morales. Pues solo si el derecho tiene determinados contenidos justos, se puede decir que es derecho, o sino no, no podría hacerlo.
 - 2.2. **Conexión justificativa:** Determina que cualquier justificación generada en el marco jurídico, tiene que estar justificada en última instancia por principios morales (por medio de los principios constitucionales).
 3. **El neoconstitucionalismo ideológico** pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, por lo que defiende los logros del proceso de constitucionalización, en especial aquellos que tienen relación a la tutela de derechos fundamentales (Comanducci, 2002, p.96-102).



Para Comanducci el neoconstitucionalismo:

1. Describe los logros del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico.
2. Afirma que existe una conexión entre derecho y moral; y.
3. Pone énfasis en la positivización de amplios catálogos de derechos fundamentales en la Constitución, como norma jurídica suprema; así como también en la defensa y tutela de estos derechos.

Para Ferragoli el neoconstitucionalismo debe ser concebido como una corriente constitucionalista que ha logrado la superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista; para este autor esta expresión se refiere a la experiencia jurídica de las actuales democracias constitucionales.

Sin embargo para el mismo la expresión “neoconstitucionalismo” es una terminología equívoca y engañosa, ya que al referirse al constitucionalismo jurídico de los ordenamientos dotados de constituciones rígidas, no designa ni un sistema jurídico ni una teoría del Derecho, sino que es un poco más que un sinónimo de Estado liberal de Derecho. Adicionalmente, dado que, en el plano teórico, la expresión “neoconstitucionalismo” se identifica generalmente con la concepción iusnaturalista del constitucionalismo, no capta sus rasgos esenciales (Ferragoli, 2010, p.16-18).

Ricardo Guastini (como se citó en Ávila, 2011) establece que la teoría neoconstitucionalista consiste en un amontonado de posturas axiológicas y de tesis normativas, entre las cuales no es fácil identificar alguna propiamente teórica reconocible y susceptible de discusión.

Guastini está de acuerdo con que se repudia al positivismo legalista, pero determina que se cae en una suerte de ciego positivismo constitucionalista, y que por lo tanto esta nueva teoría no tendría cabida en aquellos países cuyo orden jurídico carece de Constitución. Para este autor se debe tener en consideración que esta norma jurídica superior contiene una ambiciosa panoplia de exigencias morales, las cuales hay que tomar en consideración al momento de resolver el caso concreto, por lo cual la función del juez es hacer efectivos estos enunciados morales; el juez obra sobre una base de razonamiento



moral abierto que le hace sentir como si estuvieran aplicando el derecho, cuando en realidad no lo está haciendo (p. 5).

Para Zaffaroni (como se citó en Ávila, 2012) en el neoconstitucionalismo encontramos personas que podrían ser consideradas como iusnaturalistas y como positivistas, y a otros que hasta comparten las dos corrientes. Por lo que es un error considerar que el neoconstitucionalismo es único y homogéneo, es así que quien critica debería precisar a la persona y su teoría (p. 4).

Zaffaroni considera que la teoría neoconstitucionalista existe y que varios autores se encuentran englobados dentro de la misma. Pero establece y de manera errónea que algunos de los autores podrán considerarse como positivistas, cuando desde un inicio se ha denotado que la teoría neoconstitucionalista surgió como una crítica y un alejamiento del positivismo.

Podemos concluir que la teoría neoconstitucionalista:

1. Surge en un determinado momento histórico, después de la Segunda Guerra Mundial, con la entrada en vigencia de Constituciones materiales que poseen características como son: rigidez, supremacía por sobre las demás normas que integran el ordenamiento jurídico, incorporación de catálogos de derechos fundamentales, garantías jurisdiccionales necesarias para asegurar la efectividad de tales derechos, incorporación de sistemas de control de constitucionalidad y de una amplia presencia normas abstractas denominadas principios.
2. El neoconstitucionalismo tiene como antecedente histórico a los sistemas jurídicos fascistas, los cuales se caracterizaron por la violación masiva de los derechos fundamentales, y por otra parte, a la teoría positivista, ya que la teoría neoconstitucionalista se caracteriza por la crítica y el distanciamiento del positivismo.
3. A partir de este momento histórico es que la teoría neoconstitucionalista se va desarrollando y consolidando, por un lado, con la labor que día a día despliegan los tribunales de justicia y por el otro mediante los desarrollos doctrinarios, que aunque son varios y varían en determinadas cuestiones, han coadyuvado al estudio de los fenómenos se han dado en el Estado Constitucional de Derecho.



4. El neoconstitucionalismo es una teoría que se ha ido expandido y se acoplado a las realidades y a las problemáticas de cada país; cabe resaltar en este punto el cambio que plantea en torno a la administración de justicia, en donde el juez, conocedor de la norma fundamental, aplica nuevos criterios, métodos y técnicas interpretativas, a la luz de la Constitución y de la razón para resolver los conflictos sometidos a su conocimiento.

1.3. El neoconstitucionalismo en el Ecuador

En la Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, el 20 de octubre del año 2008 entra en vigencia la Constitución de la República del Ecuador; la misma que, según lo establecido en su texto, busca una convivencia ciudadana, en armonía con la naturaleza, con el fin de alcanzar el Buen Vivir o Sumak Kausay (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Ante la entrada en vigencia de la Constitución 2008 las reacciones fueron diversas, unos se han adscrito a la corriente del “neoconstitucionalismo” y logran entender ciertos cambios que han dejado de ser novedad en la Europa occidental continental. Otros, más aferrados a nuestra tradición positivista y civilista, han rechazado de plano las innovaciones. Finalmente para otros, la propuesta constitucional de estos países andinos supera al neoconstitucionalismo como nos ha llegado desde el viejo continente (Ávila, 2011, p.14).

Con la Constitución 2008 no solo se da un reconocimiento, sino una garantía y una ampliación de los derechos reconocidos a favor de las personas, las comunidades, los pueblos, las nacionalidades, los colectivos y de la naturaleza, ya que esta última se constituye en sujeto de derechos.

El Ecuador se ve efectivamente influenciado por la corriente neoconstitucionalista, pero lo hace preservando ciertas características propias de nuestro país y de la región. Nuestro neoconstitucionalismo hace referencia a varios temas disímiles: participación democrática, recuperación del rol económico en la intervención del Estado y la distribución de la riqueza, consolidación de las garantías y el sistema de justicia en favor



de la integralidad de los derechos humanos, la igualdad de los tipos de derechos, la visibilidad de grupos de atención prioritaria, consolidación de las conquistas sociales y la preocupación por la naturaleza (Ávila, 2009).

En el artículo 3 de la Constitución (2008) se establece como uno de los deberes primordiales del Estado el de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; en particular a la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes; y en el artículo 275 que el Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución.

Por lo tanto, se incorpora un cúmulo de derechos en la Constitución y las garantías necesarias para hacerlos efectivos, así como también un cuantioso listado de principios rectores. Estos principios cobran una importancia fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, ya que a pesar de ser ambiguos se constituyen como mandatos de optimización, los cuales deben ser potencializados y aplicados por los jueces en el caso concreto.

En nuestra Constitución (2008) en el capítulo primero se encuentran desarrollados los principios de aplicación de los derechos, entre los cuales tenemos:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover o exigir, de forma individual o colectiva, ante las autoridades competentes.

Todos los derechos tienen lo que se denomina una doble dimensión, es decir, que pueden ser ejercidos, promovidos o exigidos por un individuo o por una colectividad. De la misma forma, al exigir un derecho ante un juez de manera individual, este podrá resolverlo en favor de una colectividad. Por lo tanto, los individuos como los colectivos podrán proponer las acciones constitucionales que consideren necesarias para la defensa de sus derechos e intereses.

2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades; se establece que nadie podrá ser discriminado y se ejemplifica algunas formas de discriminación.

El principio a la igualdad implica:



- Deberes de abstención, como la prohibición de discriminación;
- Y obligaciones, como igualdad de trato con respecto a cargas y oportunidades entre los iguales y la consagración de tratos favorables pero no discriminatorios en los supuestos disimiles.

El juez deberá realizar un juicio de igualdad para aplicar de manera correcta este principio. La Corte Constitucional Colombiana lo ha desarrollado ampliamente, determinando los pasos que deben seguirse:

1. Establecimiento del criterio de comparación, para determinar si nos encontramos ante supuestos susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza.
2. Luego se debe definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disimiles.
3. Y por último, si el tratamiento distinto es constitucionalmente valido o si deben ser tratados de forma igual (Corte Constitucional de Colombia, 2008).

La igualdad en la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad para la aplicación de este principio:

- a. **Escrutinio débil:** El trato diferente debe ser una medida adecuada para alcanzar un propósito que no se encuentre prohibido por el ordenamiento jurídico.
- b. **Escrutinio estricto:** Debe aplicarse como una excepción, y surge cuando se da una diferenciación en base a motivos sospechosos como la raza, la condición social, la orientación sexual, la pertenencia a minorías, entre otros. En estos casos la medida no solo no debe estar prohibida, sino que debe ser la adecuada y debe perseguir un objetivo constitucionalmente imperioso para la sociedad y para el Estado.
- c. **Escrutinio intermedio:** Se sitúa entre el escrutinio débil y el estricto, y se emplea en aquellos casos en los que el Estado aplica diferencias fundadas en criterios sospechosos a favor de grupos o individuos tradicionalmente



desfavorecidos con el fin de favorecerlos y crear una situación de igualdad real (Bernal, 2011, p. 57-61).

En el Ecuador la Corte Constitucional establece que el concepto de igualdad no significará una igualdad de trato uniforme por parte del Estado, sino más bien un trato igual a situaciones idénticas, pero diferente entre otras situaciones; es decir, dentro del ordenamiento jurídico existen causas previamente establecidas en disposiciones legales que serán aplicables a situaciones concretas presentadas en un hecho fáctico y/o por actores sociales determinados (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 037-13-SCN-CC).

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley; los derechos serán plenamente justiciables.

Toda norma constitucional es aplicable, y es la autoridad ante la cual se exige su cumplimiento la que deberá determinar dependiendo las condiciones y el caso en concreto el cómo se aplicará su resolución en la realidad. Todos y cada uno de los derechos establecidos en la Constitución son justiciables.

4. Ninguna norma podrá restringir el contenido de los derechos y las garantías.

La Constitución al establecer a los derechos y a las garantías como mínimos, estos solo podrán ser desarrollados y ampliados en un sentido más favorable.

5. En materia de derechos las autoridades respectivas deberán aplicar la norma e interpretación que más favorezca a su vigencia.

Puede suceder que nos encontremos con dos normas y/o dos interpretaciones distintas, en todo caso se deben aplicar la que más favorezca a la persona.

6. Todos los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, independientes y de igual jerarquía; al ser estas características esenciales de los derechos fundamentales.



En este numeral cabe destacar la característica de no jerarquización de los derechos, según la cual ningún derecho posee un valor mayor ni se encuentra subordinado a otro, razón por la cual ante un conflicto en el que se dé la colisión de derechos, el juez deberá ponderarlos.

7. El reconocimiento de los derechos y de las garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades necesarios para su pleno desenvolvimiento.

Todos aquellos derechos que no se encuentren establecidos en la Constitución o en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, pero que sean derivados de la dignidad de la personas se reconocerán y serán plenamente justiciables.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Los derechos deben ser aplicados y desarrollados conforme se da el avance de la ciencia, la tecnología y en general, el avance de la humanidad.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Los derechos fundamentales tienen una importancia central en la vida política y jurídica, pues pasan a ser considerados como valores que impregnan a todo el ordenamiento jurídico; los mismos se reconocen y se detallan minuciosamente (Santiago, 2008, p. 136). Lo cual sucede efectivamente en la Constitución 2008 en la cual encontramos:

1. En el capítulo segundo se desarrollan los derechos del Buen Vivir.
2. En el capítulo tercero a los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria.
3. En el capítulo cuarto se desarrollan los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades.



4. En el quinto los derechos de participación.
5. En el sexto los derechos de libertad.
6. En el séptimo a los derechos de la naturaleza.
7. Y por último, en el octavo, encontramos a los derechos de protección (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Para asegurar la efectividad de estos derechos se deben establecer en el ordenamiento jurídico las garantías jurisdiccionales suficientes, ya que las mismas se constituyen como los mecanismos o herramientas que poseen los individuos para lograr una defensa y una tutela efectiva de sus derechos ante el juzgador. En nuestra Constitución se encuentran establecidas: la acción de protección, el habeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el habeas data, la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección.

Estas garantías tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como la declaración de violación de uno o varios de estos derechos y la reparación integral en caso de violación.

El artículo primero de la Constitución de 1998 establecía que el Ecuador era un estado social de derecho (Constitución, 1998), lo cual cambia sustancialmente con el modelo que se plantea hoy en día, ya que se determina que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia (Constitución, 2008), en el cual la validez de las normas no dependen solo de la forma en que se producen sino de que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa adecue, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución, los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano y de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Es decir, que las normas jurídicas no solo deben emanar de autoridad competente y mediante el procedimiento correspondiente, sino que además, para ser válidas, deben desarrollarse acorde al contenido de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, ya que los mismos al ser valores que impregnan al ordenamiento jurídico,



al ser aplicados en el caso concreto nos deben llevar a una resolución que sea considerada como justa o moralmente válida.

En el Ecuador, Estado Constitucional de Derechos, toda poder se encuentra limitado y debe garantizar los derechos, lo cual incluye efectivamente al Poder Judicial; esta es la razón por lo cual el juez al aplicar las normas debe observar que las mismas sean compatibles con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico. El artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009) determina que cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional.

Podemos concluir que la Constitución 2008 trajo consigo importantes cambios en el país, de entre los cuales podemos incluir al neoconstitucionalismo. La Constitución ha cobrado una importancia y un valor central, como norma rígida y suprema, en especial en lo relacionado con la promoción y el reconocimiento de los derechos de todos los individuos y las colectividades; derechos que se constituyen como eje transversal de nuestro ordenamiento jurídico.

Así también se dan cambios importantes en cuanto la estructura del Estado, ya que de los tradicionales tres poderes del Estado en la actualidad tenemos a cinco poderes, los cuales actúan mediante un sistema de pesos y contrapesos. Se crea también a la Corte Constitucional como máximo órgano de interpretación, control y administración de justicia constitucional.

En palabras de Ramiro Ávila la Constitución es tomada como parámetro de referencia y fuente de obligaciones, que determina la naturaleza del Estado y de las relaciones sociales y políticas (Ávila, 2008, p.37). En el Ecuador contamos con una Constitución que se encuentra en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, la misma que irradia y limita la actuación de cada poder y autoridad, garantizando así los derechos de las personas en todos los ámbitos en que las mismas se desenvuelven, lo cual incluye efectivamente al ámbito privado.



CAPITULO II

EL JUEZ Y LA APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

2.1. Supremacía constitucional

En el Derecho Constitucional el imperio de la Constitución por sobre cualquier otra norma que rige en el ordenamiento jurídico de un determinado país, ya sea que se trate de una normativa interna o externa, es lo que se conoce tradicionalmente como el principio de supremacía constitucional.

Mediante el control de las leyes se persigue un importante fin, el que ninguna decisión de autoridad, ley o tratado internacional contradiga lo establecido en la norma fundamental; por lo tanto, cabe hacernos la pregunta ¿cuál es el lugar que debe ocupar la Constitución dentro del ordenamiento jurídico?

Para comprender a cabalidad este principio es necesario analizar el caso Marbury vs Madison, ya que marca el inicio de lo que conocemos como control de constitucionalidad de las leyes:

El 27 de febrero de 1801 el Presidente de los Estados Unidos John Adams aprueba el nombramiento de 42 jueces de paz para el distrito judicial de Columbia y Alexandria. El 3 de marzo el Senado realiza las correspondientes ratificaciones, y John Marshall quien se desempeñaba en ese entonces como secretario de estado debía certificar tales nombramientos, sin embargo no cuenta con el tiempo suficiente para certificarlos todos y enviarlos a sus respectivos titulares.

El 4 de marzo toma posesión el nuevo presidente, Thomas Jefferson, y nombra como Secretario de Estado a James Madison, el cual se niega a certificar los nombramientos faltantes. En 1802 el Senado modifica la ley sobre circuitos judiciales y elimina tales plazas.

William Marbury fue uno de los jueces que al haber sido nombrado y tras haber sido ratificado por el Senado, nunca recibió tal nombramiento; razón por la cual demanda a



Madison, pidiendo una orden de mandamus y solicitando al gobierno que se le hiciere llegar el respectivo nombramiento.

El 24 de febrero de 1803 como Presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos John Marshall dio a conocer a nombre de la Suprema Corte el fallo, el cual giraba en torno a tres preguntas:

1. ¿Tiene Marbury derecho al nombramiento que solicita?
2. Si tiene tal derecho y le ha sido negado ¿las leyes de su país le ofrecen un remedio?
3. Y si le ofrece tal remedio ¿es ese el mandamus que pide expide la Corte?

En contestación a la primera pregunta se establece que el procedimiento para nombrar jueces termina cuando se expide el nombramiento escrito, este entregado o no al interesado, ya que el poder constitucional de nombrar ha quedado ejercitado y se emite una orden expresa para la fijación del sello (certificación del nombramiento). Por lo que el Gobierno viola derechos legalmente adquiridos al no entregarle a Marbury el nombramiento escrito.

Constatado que Marbury tiene derecho a que se le entregue el nombramiento ¿las leyes le ofrecen algún remedio? Se determina que al ser el Gobierno de Estados Unidos un gobierno de derecho deben sus leyes otorgar un remedio ante la violación de todo derecho legalmente adquirido.

Y ¿es el mandamus la acción procesal correcta para el tipo de violación que ha sufrido Marbury? Aunque la respuesta es afirmativa, se plantea la interrogante de si ¿es la ley que regula la competencia de la Corte para la expedición de mandamus conforme a la Constitución? Determinándose que la autorización que se le da a la Suprema Corte mediante la ley para expedir mandamus a los funcionarios públicos, aparentemente no está basada en la Constitución, es inconstitucional.

Para Marshall una ley inconstitucional debe ser simplemente inaplicada por parte del Juez en el caso concreto, estableciéndose de esta manera el control difuso de constitucionalidad. La importancia de este caso radica en el análisis que se realiza en la sentencia, al determinar que:

1. Al ser la Constitución ley fundamental y suprema de la nación, toda ley inferior contraria a la misma debe ser considerada como inexistente por parte del juez que pretende aplicarla.
2. La Constitución siempre se impone en caso de que haya contradicciones entre su contenido y cualquier otra norma jurídica.
3. La facultad de los jueces para determinar el derecho aplicable incluye la verificación de la constitucionalidad de las leyes.
4. Si en un caso concreto tanto la ley como la Constitución pueden aplicarse debe regir la Constitución, al ser esta superior a toda ley ordinaria del Legislativo. (Carbonell, 2012).

A diferencia del modelo norteamericano de control de constitucionalidad, el artículo 428 de la Constitución Ecuatoriana (2008) introduce en nuestro sistema jurídico al control concentrado de constitucionalidad, al establecer que cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional.

Por lo que el juez al encontrarse ante una norma que considere inconstitucional deberá realizar un profundo análisis, en el que obtenga como resultado que la norma no puede ser aplicada conforme a la normativa constitucional, ya que a pesar de haber realizado una interpretación adecuada es necesario el pronunciamiento de un órgano especializado.

El juez debe tener duda razonable y motivada de que la norma es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables, ante lo cual remitirá tal expediente a la Corte Constitucional como único organismo que posee la competencia para expulsar a una norma inconstitucional del ordenamiento jurídico.

El control de constitucionalidad tiene su base en dos premisas fundamentales, la primera tiene relación con la supremacía constitucional y la segunda con la facultad que se les otorga a los jueces constitucionales de ser quienes velen por el fiel cumplimiento y la correcta interpretación de la normativa constitucional.

Debemos recordar que la Constitución es un ordenamiento macro, producto de un debate político que cabalga al ritmo de los intereses y las concepciones de la sociedad; es por esta razón que cabe poner en tela de juicio el contenido de las leyes para que sea la Corte Constitucional quien se pronuncie y defina la existencia de una inconstitucionalidad (Bernal, 2005, p.43).

En el modelo ecuatoriano se establece que la Constitución del 2008 es norma suprema que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Por lo que todas las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales o caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

En relación a este principio, es necesario referirnos al tradicional modelo kelseniano que señala a la Constitución como la norma básica, fundamental y de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico. La misma que se encuentra en la cúspide y determina la validez de las demás normas jurídicas, dotando de esta forma de unidad y coherencia al sistema jurídico (Kelsen, 1982, p.205).

La Constitución (2008) determina en el artículo 425 que el orden jerárquico de aplicación de las normas es el siguiente:

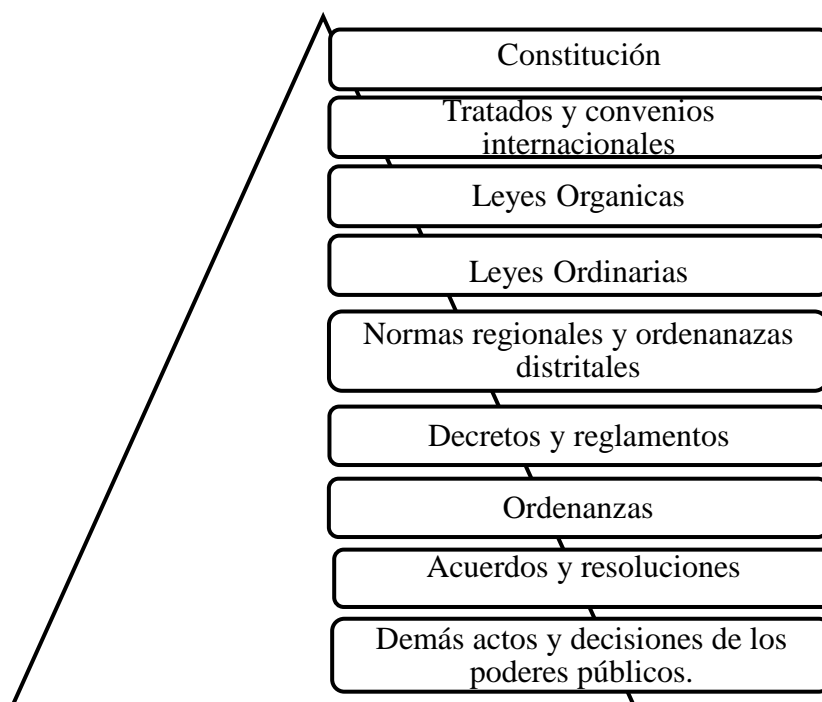


Figura 1 Orden jerárquico de aplicación de las normas de acuerdo a la Constitución 2008.



Por lo que en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía se deberá aplicar la norma jerárquicamente superior.

Los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos forman parte del ordenamiento jurídico interno del país por mandato expreso de la Constitución desde el momento en que son ratificados. Poseen un rango constitucional al prevalecer sobre las leyes de menor jerarquía, e incluso se afirma que poseen un rango supraconstitucional cuando reconocen derechos más favorables a los contenidos en la Constitución.

La supremacía constitucional implica por lo tanto superioridad de la norma fundamental, lo cual tiene una expresión formal y otra material:

- **Formal:** La Constitución no puede modificarse mediante procesos ordinarios, sino que depende de procesos más complejos para su revisión y posterior modificación.
- **Material:** La Constitución es el origen de toda la actividad estatal, ya que en la misma se encuentran establecidos los límites y las atribuciones de cada una de las funciones que componen el Estado. Implica también, que al ser norma fundamental, todas las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico se encuentran subordinadas a la misma.

Para Bobbio (2009) la norma fundamental es el criterio supremo que permite establecer la pertinencia de una norma a un ordenamiento, en otras palabras, es el fundamento de validez de todas las normas del sistema. Por lo tanto, no sólo la exigencia de la unidad del ordenamiento sino también la exigencia de fundar la validez del ordenamiento nos llevan a exigir la norma fundamental, la cual es, asimismo, el fundamento de validez y el principio unificador de las normas de un ordenamiento; no podrá existir ordenamiento sin norma fundamental (p. 41).

El reconocimiento de la Constitución y de su fuerza normativa refuerza la tarea del juez y de la Función Judicial. El magistrado, al constituirse como un aplicador directo de la Constitución, al no ser necesaria la intervención legislativa ni la normativa secundaria, debe observar los principios y la normativa constitucional, consolidándose como un garante de los derechos contenidos en la misma.



El Código Orgánico de la Función Judicial (2009), en el artículo 5 establece que las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

En el Ecuador los jueces deben resolver los asuntos que se hallen sometidos a su conocimiento desde una perspectiva constitucional, coadyuvando de esta forma al proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, el cual debe ser liderado por la Corte Constitucional.

Para Ricardo Guastini (citado de Carbonell, 2003) la constitucionalización del ordenamiento jurídico, como proceso gradual de transformación, surge cuando el Estado está impregnado por normas constitucionales, mediante una Constitución invasora, suprema, entrometida, capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales.

En estos ordenamientos están presentes las siguientes condiciones:

1. **Una Constitución rígida:** Que implica la existencia de una Constitución escrita y la garantía de que su modificación, derogación o abrogación se realice mediante un procedimiento especial distinto a aquel que se da sobre las leyes ordinarias.
2. **La garantía jurisdiccional de la Constitución:** Establece que la Constitución debe estar garantizada por algún tipo control de conformidad de las leyes con la norma fundamental.
3. **La fuerza vinculante de la Constitución:** Toda norma constitucional es norma aplicable, exigible, genuina, vinculante, susceptible de producir efectos jurídicos.
4. **La sobre interpretación de la Constitución:** Teniendo en consideración que es imposible regular en la Constitución la totalidad de la vida social y política, se debe dar una interpretación extensiva sobre la misma, para de esta forma extraer innumerables normas implícitas, no explícitas, de manera que no queden espacios vacíos o lagunas del derecho constitucional.



5. **La aplicación directa de las normas constitucionales:** Las normas constitucionales pueden producir efectos directos y pueden ser aplicados por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia cuando no puedan ser resueltas conforme a la ley, ya sea porque la misma tiene lagunas u ofrece una solución que pareciere injusta.
6. **La interpretación conforme de las leyes:** Cuando una norma es susceptible de dos interpretaciones, en donde en el primer supuesto es inconstitucional y en el segundo es apegado al texto constitucional el juez preferirá esta última. Los jueces deberán elegir a la interpretación más favorable, aquella que coadyuve a para cumplir de mejor forma un mandato constitucional.
7. **La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas,** que implica algunos supuestos:
 - a. Que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado;
 - b. Que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de restricción de sus propias competencias, sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean conducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional; y
 - c. Que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas y de gobierno (p. 49 – 74).

La Constitución es vértice del sistema jurídico, como norma directamente aplicable que impregna a la totalidad del ordenamiento, el cual se encuentra colmado de normas constitucionales; el proceso de constitucionalización conlleva al reconocimiento expreso de la supremacía constitucional.

2.2. Interpretación y aplicación de la Constitución por parte del Juez

La interpretación y la aplicación de la norma fundamental, por parte del juez en la teoría neoconstitucionalista, difiere de aquella que se ha dado tradicionalmente en otros ámbitos del derecho, en donde prevalecen el principio de legalidad y la ley.



Una interpretación adecuada es una herramienta primordial en la protección de los derechos fundamentales. El neoconstitucionalismo le exige al juez un análisis y una motivación más profunda, lo cual debe reflejarse en la respectiva resolución judicial, la que debe ser acorde con los principios, los valores y las directrices que se han establecido en la Constitución.

La corriente jurídica neoconstitucionalismo propone una mayor actividad judicial, pues la ciencia jurídica deja de ser mera descripción normativa para convertirse en análisis crítico del derecho vigente, es decir, interpretación del sistema normativo a la luz de los principios y de los valores constitucionales (Montaña y Pazmiño, 2013, p.42).

La omnipresencia de la Constitución en el ordenamiento jurídico ha generado que detrás de cada norma jurídica, que se encuentra presente en los otros textos normativos, exista una norma constitucional que bien la confirme o la contradiga. (Prieto, 2001, p.28). Por ejemplo el derecho a la propiedad, el mismo se encuentra presente en varias disposiciones del Código Civil y está reconocido y garantizado por la Constitución, sin embargo es esta última la que determina sus límites, en cuanto debe cumplir una función social y existe una responsabilidad de tipo ambiental.

La aplicación de la norma jurídica requiere su previa interpretación, la cual es necesaria para comprender el sentido y el alcance de aquella. La Constitución (2008) en su artículo 427 dispone: Las normas constitucionales se interpretaran por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretaran en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo a los principios generales de la interpretación constitucional (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

1. El primer método de interpretación que prevé el artículo 427 de la Constitución (2009) es el de la interpretación mecánica literal o gramatical. Este método por si solo y a primera vista no resulta ser el apropiado para la defensa y la protección del extenso catálogo de derechos contenidos en la norma fundamental, ya que el sentido de las palabras no es inmutable y una interpretación excesivamente literal puede conllevar el efecto contrario, que es el de la limitación de los derechos.



Es por esta razón, que el artículo agrega a continuación que esta interpretación debe ser la que se adecue de la mejor forma al texto constitucional en su integralidad, es decir, agrega al método de interpretación sistemático en el que se requiere que la interpretación sea acorde al sentido, a la homogeneidad y en armonía con las demás disposiciones constitucionales.

2. Continúa el artículo estableciendo otro método de interpretación de las normas constitucionales, al señalar que en caso de duda se debe interpretar en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, en este último caso se debe observar el espíritu por el cual fue creada la norma, las intenciones que tuvo el constituyente.
3. Y por último, amplía todas estas posibilidades al disponer que la interpretación debe darse de acuerdo a los principios generales de la interpretación constitucional.

El juez neoconstitucionalista debe realizar su función bajo nuevos métodos y técnicas interpretativas, ya que un cierto grado de conflicto entre principios, derechos fundamentales y valores constitucionales es un dato natural en las constituciones largas y densas (Pozzolo, 2008, p.219):

1. La ponderación o balancing test

Es común señalar que la ponderación tiene dos pasos: En el primer paso se determina qué principio o que derecho prevale en el caso en concreto, una vez establecido el principio vencedor se debe proceder a subsumir los hechos bajo esta nueva regla.

Sin embargo este no es un criterio universal y concordante ya que para otros la ponderación no puede reducirse a la subsunción, al ser dos métodos se contraponen.

El juez ante un conflicto entre principios o derechos constitucionales, que poseen una misma jerarquía y que se encuentran en el mismo cuerpo normativo, se ve impedido de resolverlo mediante los criterios de jerarquía de la ley superior, de cronología o de especialidad pues resultan insuficientes, por lo cual acude a la ponderación.



Guastini (citado de Moreso, 2005) establece que la ponderación presenta tres características:

1. Se da entre dos principios en conflicto. P1 y P2, cuyos presupuestos de hecho se superponen parcialmente y entre los cuales hay una antinomia parcial - parcial.
2. Consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto, generándose un juicio de valoración (radicalmente subjetivo) por parte del intérprete, en el que el principio considerado como superior desplaza al inferior.
3. Esta jerarquía valorativa se da en relación al caso en concreto y no en abstracto, por lo que nos encontramos ante una jerarquía móvil (p. 2-25).

Para Garcia Amado (2010) la ponderación no es un método garantista de los derechos humanos sino un método que los pone en peligro, y en el que se da la afectación legítima a un derecho fundamental. Pone como ejemplo a la prohibición de tortura determinado en la Constitución, y se hace las siguientes preguntas: ¿puede estar legitimada constitucionalmente la tortura en algún caso? ¿Si nos encontramos frente a un terrorista que amenaza con estallar una bomba en un lugar concurrido, podemos torturarlo? La respuesta va a ser obvia en todo sentido ya que siempre va a pesar más la vida, por lo que ningún derecho va a quedar incólume aun en su núcleo más fundamental.

En el Ecuador la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) contempla en su artículo 3 numeral tercero a la ponderación como un método de interpretación constitucional, mediante el cual se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

2. La proporcionalidad

El principio de proporcionalidad nació en Alemania y se difundió hacia otros sistemas jurídicos como el principio idóneo mediante el cual se puede establecer la medida correcta de intervención de los derechos fundamentales y las limitaciones que estos presentan.



La constitucionalidad de cualquier limitación de los derechos fundamentales solo puede justificarse mediante el análisis de su proporcionalidad (Barack, 2010, p.6).

Este principio jurídico que debe ser considerado en toda intervención estatal en los derechos fundamentales, para que tal intervención sea considerada como constitucionalmente legítima (Bernal, 2006, p.5).

Está compuesto a su vez por tres subprincipios:

1. **Subprincipio de idoneidad:** Toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. La medida debe ser efectiva y debe perseguir la protección de otros derechos fundamentales o bienes jurídicos en conflicto.
2. **Subprincipio de necesidad:** La medida concreta de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna en comparación con otras medidas alternativas que pueden ser adoptadas para alcanzar el propósito que se persigue.
3. **Subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido:** La intervención en los derechos fundamentales debe derivar más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto; por lo que la intervención debe estar justificada con el fin que persigue (Bernal, 2006, p. 5).

Toda intervención que no respete el contenido de estos subprincipios debe ser considerada como ilegítima y por lo tanto inconstitucional.

El principio de proporcionalidad busca asegurar que la medida o el mecanismo restrictivo implementado sea el necesario e indispensable para que se cumpla con el objetivo que se persigue. Por lo que toda resolución que establezca limitaciones sobre un derecho debe hacerlo dentro de lo racional, con el único fin de proteger otros derechos o bienes jurídicos en conflicto.

El artículo 3 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) establece el principio de proporcionalidad: Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido,



que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

3. La razonabilidad

El principio de razonabilidad demanda una actividad judicial sensata y razonable. El juez constitucional debe tomar decisiones idóneas, motivadas y coherentes dependiendo de las circunstancias del caso en concreto y en conformidad con los derechos, principios y en general con los valores que incorpora la Constitución.

4. El efecto irradiación

Una de las condiciones del Estado Constitucional es que las normas constitucionales poseen una fuerza vinculante, lo cual trae como consecuencia la aplicación del derecho constitucional y de las normas sobre derechos fundamentales a los demás ámbitos del sistema jurídico; estos ámbitos se irían constitucionalizando o irradiando por lo valores y los principios de la Constitución (Leiva, 2015, p.15).

Los derechos son vinculantes en todas las esferas, incluso en la de las relaciones entre particulares, sin embargo esto no significa que los jueces al resolver un caso concreto puedan obviar la normativa infra constitucional aplicando solo la normativa constitucional.

El juez debe aplicar la normativa constitucional para dotar de contenido y dar coherencia a su resolución. Hoy en día es común que en la motivación de las sentencias se haga referencia a principios y derechos fundamentales, así como a tratados y convenios internacionales, ya que debe existir armonía y unidad en el sistema jurídico. En el Ecuador todos los jueces deben resolver los asuntos sometidos a su conocimiento desde una perspectiva constitucional.



5. La proyección horizontal de los derechos

Los derechos fundamentales contenidos en la Constitución se configuran como límites y garantías de los ciudadanos ya no solo frente al poder del Estado sino que se despliegan hacia el ámbito de las relaciones privadas de entre los particulares.

Tradicionalmente se concebía a los derechos fundamentales como prerrogativas o límites que poseían las personas frente a la injerencia del poder público, sin embargo, en la actualidad los derechos son concebidos como valores que impregnan a la totalidad del ordenamiento jurídico, incluida la esfera privada.

6. El principio pro persona

El principio pro persona o pro homine determina que se debe ponderar el peso de los derechos humanos con el fin de estar siempre a favor del hombre. Se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de derechos protegidos y a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trate de establecer límites a su ejercicio (Castañeda, 2014, p.16).

En base a este principio se busca que toda interpretación o aplicación de la norma resulte la más favorable para la persona.

Entre sus características más importantes están:

- **Tiene una naturaleza sui generis:** Posee connotaciones propias que superan a la tradicional naturaleza que se le ha asignado en distintas ramas del derecho como “in dubio pro”.
- **Es connatural al sistema de protección de los derechos humanos:** Subyace e irradia a todo el ordenamiento.
- **Es autónomo:** Tiene una naturaleza propia a pesar de su interacción con otros principios como el de progresividad, no regresividad e integralidad.
- **Es relativo:** Los tribunales tanto nacionales como internacionales al aplicarlo deben buscar simetrías. La aplicación de este principio a favor de la víctima no debe llevar al detrimento de los derechos de otros.

- **Es móvil, flexible y dinámico:** Este principio debe ser comprendido a la luz de los requerimientos de cada situación y momento.
- **Es de aplicabilidad exigible e incondicional:** Su aplicación se debe dar hacia la persona por parte de todo el sistema sin excepciones.
- **Es irreversible:** Rige en las técnicas de ponderación por sobre cualquier otro criterio.
- **Es atemporal:** No interesa si la norma es anterior o posterior, sino en la norma que otorga una mayor protección a la persona en una determinada situación (Drnas de Clemént, p.104-105).

Este principio establece dos variantes:

1. **Preferencia interpretativa:** Esta directriz comprende a su vez dos principios:
 - 1.1. **Principio favor libertatis:** Se debe interpretar a la norma en el sentido que más promueva a la libertad; por lo que las limitaciones deben ser interpretadas restrictivamente.
 - 1.2. **Principio de protección a las víctimas:** En situaciones en donde se encuentran derechos en conflicto es necesario interpretar considerando a la parte que se halla situada en inferioridad de condiciones.
2. **Preferencia de normas:** En todos los casos el juez deberá aplicar la norma más favorable a la persona (Cárdenas, 2011, p.141).

El principio de progresividad de los derechos fundamentales encuentra aquí su expresión suprema, ya que a mayores herramientas interpretativas, mayor evolución favorable de los derechos fundamentales (Figuerola, 2010).

En la teoría neoconstitucionalista la aplicación y la interpretación de la Constitución por parte del juez contiene unas características importantes entre las que se destacan:

1. **Los principios:** Las Constituciones contemporáneas presentan en mayor medida que las demás leyes un género de normas llamadas principios, los cuales requieren del empleo de ciertas técnicas interpretativas al ser mandatos de optimización que presentan un alto grado de abstracción.
2. **La ponderación y la subsunción:** Ponderar es buscar la mejor decisión ante principios y derechos constitucionales que poseen un mismo valor y jerarquía pero

que suministran justificaciones diferentes y conflictivas al adoptar una decisión, teniendo como resultado el triunfo de una de estas en el caso concreto.

Antes de ponderar es preciso subsumir, ya que es preciso demostrar que el caso ante el cual nos encontramos es uno de aquellos en los que se encuentran dos principios en pugna, y superada esta antinomia el principio respectivo obra como regla o premisa normativa para la subsunción.

3. La Constitución como norma jurídica suprema presenta un contenido sustancial que condiciona a las normas subconstitucionales, por lo que el legislador debe considerarla necesariamente y como una guía para la producción legislativa. La ley cede el paso a la Constitución, y se convierte en un instrumento entre exigencias prácticas y exigencias constitucionales (Pozzolo, 1998, p.3).
4. Al juez se le encarga un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales, constituyéndose como un elemento racionalizador del sistema jurídico (Pozzolo, 1998, p.4).

2.3. La actividad del juez en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

El Diccionario de la Real Academia Española (2014) define al juez como la persona que tiene autoridad para juzgar y sentenciar. Mientras que Guillermo Cabanellas (2011) señala que juzgar es administrar justicia (p.250).

La tradición jurídica romanista determinó que la tarea primordial del juez era la de interpretar a la ley, como fuente hegemónica del derecho, concediendo plena confianza al legislador como elemento racionalizador del sistema jurídico. Sin embargo con el paso del tiempo, este juez esclavo de la norma tuvo que aceptar que al ser operador del derecho y de la justicia no podía reducir su actividad a esta tarea (López, 2001).

El neoconstitucionalismo sitúa al juez como elemento preponderante del sistema democrático. Todas las normas que promulga el legislador son sometidas a un ejercicio de validación constitucional, dejan de ser normativa acabada que el juez aprende y aplica, al ser el juzgador quien a través de la interpretación otorga contenido definitivo a la norma para ser aplicada en el caso concreto (Morales, 2009, p.3).



La Constitución (2008) en el artículo 1 determina que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia; y en el artículo 172 que las juezas y jueces administraran justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

Los retos que el Estado Constitucional le presenta al juez son complejos, ya que debe resolver los asuntos sometidos a su conocimiento desde visión y una perspectiva constitucional, mediante la utilización de nuevos métodos y técnicas interpretativas, en armonía con aquellos valores que incorpora la Constitución al ordenamiento y en garantía de los derechos fundamentales.

Los jueces ecuatorianos deben estar dotados de ciertas características esenciales, como son:

1. **Independientes:** Los jueces deben actuar con independencia de otras funciones, poderes del Estado y terceros ajenos al proceso con el fin de asegurar la vigencia del Estado Constitucional.

Esta característica esencial posee dos dimensiones distintas:

- 1.1. **Independencia externa:** La que debe existir en el sistema estatal entre la función judicial y las otras funciones del Estado. Su importancia radica en que se protege al juez al no hallarse subordinado en su actuación a la influencia de funciones externas.
 - 1.2. **Independencia interna:** Es aquella que debe existir dentro de la función judicial, busca que cada juez tome decisiones independientes y que no se vea influenciado o presionado jerárquicamente a dictar sentencias o resoluciones.
2. **Garantes de los derechos fundamentales:** Los jueces y juezas deben asegurar a toda persona un proceso justo, en el que se le asegure un debido proceso y en el que se le otorguen todas las protecciones jurídicas que fueren necesarias para la defensa de sus intereses.
 3. **Imparciales:** Toda persona tiene derecho a ser juzgada por un juez imparcial, es decir, justo y equitativo. Esta característica determina que el juez debe estar libre



de prejuicios, ideologías y persuasiones; el juzgador no debe involucrar sentimientos personales ni tomar partido por ninguna de las partes en contienda.

La imparcialidad debe ser de dos tipos:

3.1. **Subjetiva:** El Juez no debe tener impedimento alguno en relación con las partes.

3.2. **Objetiva:** Tiene relación con el objeto del proceso, asegura que el juez no ha tenido un contacto previo con el tema decidendi. (Picado, 2014).

4. **Especializados:** El artículo 11 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009) señala que potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de competencia.

Los jueces y juezas deben contar con una capacitación continua que les permita garantizar una tutela efectiva de los derechos y una celeridad en el trámite.

5. **Natural:** Toda persona debe ser juzgada por el juez o el tribunal que le corresponda conforme a lo establecido en la norma fundamental. Es decir, que el juez debe ser independiente, imparcial, especializado y debe haber sido nombrado con anterioridad y con sujeción a la ley.

El modelo de juzgador que se plantea en la actualidad es distinto de aquel que prevalecía con el positivismo jurídico, en el que el juez se constituía como un simple aplicador de la norma, o como se lo suele denominar como la “boca de la ley”. Este modelo de juzgador resulta incompatible con lo que se busca en un Estado Constitucional de Derecho según la corriente neoconstitucionalista.

Por lo que en el Ecuador los jueces que ejercían sus competencias desde antes de la entrada en vigencia de la Constitución 2008 se enfrentan desde este momento a una realidad jurídica distinta, ya que se genera un cambio en el desarrollo común de sus actividades jurisdiccionales.

Es preciso señalar que la corriente neoconstitucionalista no impulsa a un mayor activismo judicial o a un gobierno de los jueces que interpretan la Constitución a la luz de sus preferencias políticas y personales desconociendo el contenido de las leyes.



El juez debe tomar decisiones racionales, motivadas y apegadas a derecho; una decisión racional y justificada es la que procede de un razonamiento respetuoso de las reglas de la lógica y de la argumentación jurídica, y que es construida en base a las normas relevantes y pertinentes (Bernal, 2005, p.50).

El juez no puede desconocer la normativa vigente, dejando las leyes de un lado y asumiendo una tarea creadora de derecho, ya que esto conllevaría al detrimento de la seguridad jurídica. El uso abusivo y politizado del derecho generaría desconfianza en el poder judicial e incertidumbre en sus decisiones.

El juez neoconstitucional es por sobre todo un garante de los derechos y un defensor de la Constitución. El ordenamiento jurídico es unitario, todos los elementos que lo componen deben ser tenidos como un todo y el juez al aplicar el derecho debe considerar que es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional (Prieto, 2003, p.206) y que toda ley debe a su vez ser constitucional.

Por lo que la tarea del juez se refuerza sin dejar de estar apegada a derecho, los principios y valores constitucionales le permiten aplicar el derecho de manera racional ante disposiciones vagas e imprecisas, la supremacía le faculta a aplicar directamente la Constitución a falta de ley y una correcta interpretación le permite superar aquellos conflictos que surgen entre principios o entre derechos constitucionales que se contraponen en un caso concreto.



CAPITULO III

EL JUEZ Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. Breve aproximación histórica sobre los derechos fundamentales

La aparición de los derechos fundamentales tiene como sustento ideológico al iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, movimiento filosófico que tuvo como fundamento esencial a la naturaleza y a la razón humana, conceptos a partir de los cuales se marca el paso de una teoría del derecho natural abstracta a una teoría de los derechos naturales en concreto, como derechos humanos (Benavides, 2012, p.32).

En el ámbito filosófico a los derechos fundamentales los encontramos en el pensamiento de la Ilustración, en donde autores como Locke, Rousseau, Hobbes y Montesquieu reivindicaron en la existencia de derechos anteriores y superiores al Estado, que posee el ser humano independientemente de su reconocimiento por parte de normas positivas, desde una visión claramente iusnaturalista. Existen por su parte teorías iusnaturalistas que aluden a los derechos fundamentales como potestades que Dios ha conferido a la persona humana, al ser individuo dotado de inteligencia y racionalidad divina, creado a su imagen y semejanza.

Ferragoli (citado de Carbonell, 2011) define a los derechos fundamentales como todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar. Entendiendo por derecho subjetivo a cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status a la condición de un sujeto, prevista asimismo en una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas (p. 19).

A partir de esta definición podemos comprender la importancia de la positivización de los derechos fundamentales en los cuerpos normativos, fenómeno que surge a partir del



siglo XVIII, y marca un avance fundamental en materia de derechos; de entre estas declaraciones tenemos:

Tabla 1

Instrumentos Internacionales de DDHH

Documento	Contexto Histórico	Importancia
Carta Magna de 1215 – Inglaterra (Época Feudal)	El 15 de junio de 1215 el Rey Juan sin Tierra bajo una gran presión de los estamentos firma la Carta Magna, a favor de los nobles ingleses, los barones feudales y el clero.	Contiene 63 artículos de entre los cuales se destacan: acceso a la justicia, libertad de la iglesia, imposición de impuestos bajo el consentimiento del Consejo Común, y prohibición de prisión, destierro o disposición de bienes sin un juicio legal y de acuerdo a la ley (Carta Magna, 1215).
Petition of Rights de 1628 – Inglaterra	El 7 de junio de 1628 los señores espirituales, temporales y comunes reunidos en Parlamento presentan ante el Rey Carlos I de Inglaterra la Petición de Derechos.	Entre sus cláusulas más importantes se destaca el reconocimiento de que el pueblo habría sido requerido a prestar sumas de dinero a su majestad en contra de la ley; y de que en lo posterior nadie estará obligado a realizar donación, prestación, contribución o a pagar tasas e impuestos salvo ley del Parlamento (Petition of Rights, 1628).
Bill of Rights de 1689 – Inglaterra	Guillermo de Orange y su esposa María asumen el poder de Inglaterra tras suceder a Jacobo II y el 16 de diciembre de 1689, los lores espirituales, temporales y comunes los condicionan a firmar el Bill of Rights, jurando su cumplimiento (Canto & Rodríguez, 2003: 68).	Este instrumento determina que. <ol style="list-style-type: none">1. Es ilegal que el monarca suspenda las leyes o la ejecución de las mismas sin el consentimiento del Parlamento.2. Es derecho de los súbditos el dirigir peticiones al rey.3. Es ilegal el recaudar dinero para uso de la Corona sin autorización del Parlamento.4. No deben ser exigidas fianzas y multas excesivas, ni infligidas penas crueles o anormales.



Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 - Francia	<p>El 26 de agosto de 1789 tras la toma de la Bastilla y en el marco de la Revolución Francesa, la Asamblea Nacional Constituyente adoptó la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.</p>	<p>Entre los derechos más importantes que se reconocen en esta documento de 17 artículos se encuentran: libertad e igualdad, propiedad, seguridad, derecho a la asociación, resistencia a la opresión, principio de legalidad y de inocencia, soberanía que reside en la nación, contribución pública conforme a la capacidad económica y rendición de cuentas por parte de todo agente público (Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789).</p>
Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948	<p>El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) con 48 naciones a favor aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos,</p>	<p>Esta declaración se encuentra compuesta por un preámbulo y por 30 artículos, en la cual se desarrolla un catálogo de libertades y derechos básicos que poseen todas las personas con un alcance universal.</p>
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966	<p>El 16 de diciembre de 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba el presente documento, con el fin de que se creen las condiciones mediante las cuales cada individuo pueda gozar de sus derechos civiles y políticos.</p>	<p>El pacto contiene 63 artículos, de entre los cuales destacan: derecho a la libre determinación de los pueblos, a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, abolición de la pena de muerte o imposición de la misma por los delitos más graves y con apego a la ley, prohibición de tortura y tratos crueles e inhumanos, prohibición de esclavitud, derecho a la libre circulación, igualdad ante la justicia, libertad de pensamiento, conciencia y religión, entre otros. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966).</p>



Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966	<p>El 16 de diciembre de 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba el presente pacto.</p>	<p>Este pacto contiene 31 artículos, en el que se desarrollan primordialmente los siguientes derechos: derecho a un trabajo libremente escogido y a condiciones de trabajo satisfactorias y equitativas, a la conformación de sindicatos, a la seguridad social, derecho a un nivel adecuado de vida para el individuo y su familia, al disfrute de su salud física y mental, a la educación, a la vida cultural y al progreso científico, etc. (Pacto Internacional de DESC, 1966).</p>
Convención sobre los derechos del niño de 1989	<p>El 20 de noviembre de 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Convención de los derechos del niño, a favor de todos los menores de 18 años, salvo los que en virtud de la ley hayan alcanzado antes la mayoría de edad.</p>	<p>Este documento contiene 54 artículos de entre los cuales se enfatiza: el interés superior del niño, la protección y cuidado del Estado, derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; a una identidad, a la libertad de expresión, de asociación, a la salud y a la seguridad social, a una educación adecuada, al descanso y esparcimiento entre otros. (Convención sobre los derechos del niño, 1989)</p>
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006	<p>El 13 de diciembre del 2006 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba el presente instrumento a favor de todas las personas que viven con algún tipo de discapacidad, con el fin de asegurar el ejercicio de sus derechos y libertades.</p>	<p>Las personas con discapacidad gozan de los siguientes derechos de acuerdo con esta declaración: no discriminación, participación e inclusión, accesibilidad, respeto a su dignidad, igualdad de oportunidades, libertad y seguridad, a la educación, a gozar del más alto nivel de salud, entre otros (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006).</p>

Por lo tanto, aunque en un inicio no existía una dicotomía en cuanto la aplicación de los derechos fundamentales, es en su posterior desarrollo en que los mismos adquieren un fundamento de protección frente a las injerencias injustificadas de los poderes públicos y demás autoridades. Los derechos eran por lo tanto, derechos públicos subjetivos, por



medio de los cuales el Estado se limitaba, otorgando ciertas prerrogativas de libertad y de defensa al ciudadano.

En lo posterior, desde las declaraciones de derechos realizadas a finales del siglo XVIII, ya no existe este componente vertical, sino que el Estado se constituye más bien como ente protector de los derechos, los cuales están presentes en las relaciones que surgen en toda la estructura social.

La inclusión de los derechos fundamentales en la Constitución, con el surgimiento de la corriente neoconstitucionalista es de suma importancia, pues al ser la Constitución norma suprema, modeladora de las relaciones sociales, de esta emanar un conjunto de derechos y de obligaciones aplicables a todos los poderes y ciudadanos, en todos los ámbitos que se desarrolla la vida de un país.

3.2. La ponderación de derechos presente en el neoconstitucionalismo

En un Estado Constitucional de Derecho el ordenamiento jurídico se encuentre compuesto por una diversidad de normas de distintos niveles, las cuales al entrar en conflicto unas con otras, se resuelven comúnmente mediante la aplicación de métodos tradicionales de solución de antinomias, como son: la norma superior prevalece sobre la inferior, la norma especial por sobre la general y la norma posterior por sobre aquella que fue dictada con anterioridad.

Sin embargo, cuando se genera un conflicto entre derechos fundamentales o principios jurídicos, los mismos que se encuentran plasmados y vigentes en la Constitución, tales métodos resultan insuficientes y es preciso recurrir a la ponderación.

La palabra ponderar proviene de la expresión latina ponderare, verbo que hace referencia a la actividad racional de determinar el peso o la preeminencia de un elemento o un asunto sobre otro, en un caso concreto.

La ponderación o balancing test presupone la existencia de un conflicto entre derechos fundamentales o principios jurídicos, en el cual el juzgador establece una prelación entre ambos, de manera razonada, para dar con una solución efectiva al conflicto.



Por lo tanto, la ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos o derechos fundamentales, los cuales por su redacción abstracta deben cumplirse en la mayor medida posible conforme a las posibilidades tanto jurídicas como fácticas, al no ser susceptibles de subsunción

Para Alexy (2003) los principios jurídicos están dotados de una propiedad que no tienen las reglas y que los diferencian de manera significativa de estas: el peso. Es por esta razón que se afirma que los derechos tienen un peso en el caso concreto y que es la tarea del juez la de establecer cuál de estos derechos o principios en colisión pesa más, mediante una jerarquía móvil, así el que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y establezca la solución en el caso concreto.

La ponderación es un proceso racional, que ha sido desarrollado mayoritariamente por Robert Alexy, el cual ha fijado ciertos pasos por medio de los cuales debe ser realizada:

1. La ley de la ponderación

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afección de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

Esta ley reconoce que la ponderación se debe dar en tres pasos:

- 1.1.Fijación del grado de incumplimiento o perjuicio de uno de los principios.
- 1.2.Importancia de la satisfacción del principio que juega en el sentido contrario.
- 1.3.Determinación de la relación recíproca entre ambos: ¿la satisfacción del principio contrario justifica la no satisfacción del principio afectado? (Alexy, 2003, p.16).

El grado de afección de los principios se determina mediante una escala de tres intensidades: Leve, medio e intenso; la cual se puede establecer racionalmente en el caso concreto y se plantea del lado de las razones que juegan en contra del derecho fundamental. Por ejemplo:

- **Leve:** Obligación de productores de bebidas alcohólicas de informar sobre los peligros a la salud que implica la ingesta de alcohol en exceso.
- **Media:** Prohibición de venta de bebidas alcohólicas en supermercados, tiendas y locales; ya que la venta solo se podrá realizar en licorerías autorizadas.
- **Intensa:** Prohibición de venta de bebidas alcohólicas.

La medicina moderna ha demostrado que la ingesta de alcohol a largo plazo y en exceso daña el hígado, el páncreas, puede causar diversos tipos de cáncer, cirrosis, etc.; por lo que las razones que justifican la intervención pesan intensamente y justifican de forma evidente a una intervención leve e incluso media.

El peso abstracto establece que a pesar de que a veces los derechos que entran en colisión tienen la misma jerarquía, uno de ellos puede tener una mayor importancia en el caso concreto de acuerdo a los valores que predominan en la sociedad.

A lo anterior se agrega la **variable S** que se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre la medida de afección, y que en el caso en concreto se proyectan en los principios relevantes.

2. La fórmula del peso

$$GP_{I,J}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

Tabla 2

Fórmula del Peso

P_i	Principio cuya vulneración se examina
IP_i	Intensidad de la intervención en P _i . Siempre son magnitudes concretas.
GP_i	El peso abstracto que se le asigna a P _i en relación con otros principios; si el valor es el mismo se elimina esta variable.
IP_iC	Intensidad de la intervención en el caso concreto.
GP_iA	Peso abstracto de P _i .
SP_iC	Seguridad de las premisas empíricas
IP_j	Intensidad de una hipotética intervención mediante la no intervención.
WP_jC	Principio contrario análogo a IP _i C.

A las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto se les puede atribuir un valor numérico: leve $2^0 = 1$; medio $2^1 = 2$ e intenso 2^2 , es decir de 4^{20} . Y en cuanto a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor de: seguro $2^0=1$; plausible $2^{-1} = 1/2$ y evidentemente falso de 2^{-2} , es decir de $1/4$ (Bernal, 2005, p.102).

Por ejemplo: En cuanto el derecho a la salud y a la vida que poseen los consumidores de bebidas alcohólicas, su afección puede considerarse como intensa, al igual que su peso abstracto; en cuanto las premisas fácticas podemos determinar que las mismas se las realiza con seguridad.

Paralelamente en cuanto la libertad de oficio y comercio que poseen los productores de bebidas alcohólicas, su afección puede considerarse como leve así como también su peso abstracto; y en cuanto a la certeza de las premisas sobre su afección como seguro, pues el consumo a largo plazo y en exceso de bebidas alcohólicas causan graves problemas en la salud y en la vida de las personas.

$$GP_{i,j}C = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{1 \cdot 1 \cdot 1} = \frac{16}{1} = 16$$

$$GP_{j,i}C = \frac{1 \cdot 1 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{1}{16} = 0.0625$$

Por lo tanto, se puede establecer que la satisfacción de los derechos a la libertad de oficio y comercio que poseen los productores de bebidas alcohólicas, satisfecho solo en un 0.0625, deben preceder en el caso concreto ante el derecho a la salud y la vida de los consumidores de bebidas alcohólicas afectado en 16.

3. La carga de la argumentación

Las cargas de la argumentación, como tercer paso de la ponderación, operan cuando existe un empate entre los valores de $GP_{i,j}C$ y $GP_{j,i}C$.

En principio los empates juegan a favor de lo determinado por el legislador, a menos de que se tratare de intervenciones que afecten a la libertad o a la igualdad jurídica, pues



en este caso la medida resultaría desproporcionada y si se tratase de una ley la misma deberá ser declarada como inconstitucional (Bernal, 2005, p.103).

Alexy nos demuestra que la ponderación es una forma racional de aplicar el derecho. Sin embargo, se puede considerar a este proceso como una fase previa que permite el tránsito de entre normas generales que contienen derechos fundamentales a reglas susceptibles de subsunción, de la siguiente forma:

1. Delimitación del problema normativo o universo del discurso: Se debe definir de manera precisa cuales son las acciones humanas sobre las que versa el conflicto.
2. Identificación de las pautas prima facie aplicables a este tipo de acciones.
3. Consideración de casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, los cuales deben ser reconstruidos de manera adecuada.
4. Establecimiento de las propiedades relevantes del problema normativo que permiten determinar las respectivas soluciones normativas.
5. Formación de reglas que resuelven los casos del universo de discurso (Moreso, 2003, p.79).

Por ejemplo:

1. Las acciones humanas sobre las que versa el conflicto vienen a ser la información publicada por los distintos medios de comunicación y el cómo estas afectan a la imagen y a la honra de las personas a las cuales se alude.
2. Las pautas prima facie vienen a ser por un lado el derecho a la libertad de expresión e información, y por otra, el derecho a la imagen y a la honra.
3. A partir de la delimitación del problema normativo podemos construir los siguientes casos paradigmáticos:
 - 3.1. Publicación de una noticia falsa, cuyos hechos no han sido verificados y que contiene expresiones injuriosas, como ejemplo de un caso en el que el derecho al honor y a la imagen desplaza a la libertad de expresión.
 - 3.2. Publicación de una noticia cuyos hechos son auténticos, verificados e informan sobre un servidor público que ha recibido grandes cantidades de dinero conceptos de coimas, como ejemplo de un caso en el que la libertad de expresión desplaza al derecho a la imagen y a la honra de aquel servidor.



4. Las propiedades relevantes de este problema son:
 - 4.1. Que la noticia sea veraz, o que los hechos contenidos en ella sean verificables.
 - 4.2. Que no contenga expresiones injuriosas.
 - 4.3. Consideración sobre la difusión y la relevancia que hubiese tenido aquella noticia.
5. Podemos inferir las siguientes reglas:
 - 5.1. Todas las personas tienen derecho a expresar sus opiniones, pensamientos, creencias y a compartir información de relevancia pública, por los medios que considere pertinentes, siempre que la información sea veraz y no injuriosa.
 - 5.2. Todo aquel que publique información falsa o injuriosa deberá responder por los daños causados.

De este modo la ponderación se vuelva compatible con la subsunción y con una limitada generalidad. Cuando un órgano jurisdiccional resuelve un caso individual de dicho ámbito normativo, resuelve con su reconstrucción todos los casos individuales de dicho ámbito, otorgando de esta forma coherencia a la función judicial (Moreso, 2003, p.81).

3.3. Sentencia 002-09-SAN-CC

3.3.1. Motivo de análisis de la sentencia 002-09-SAN-CC dictada dentro del caso 0005-08-AN en la Corte Constitucional.

El presente caso, de exenciones tributarias para personas discapacitadas, abarca problemas jurídicos de importante significación, pues en el mismo, la Corte Constitucional no se limita a resolver tan solo el incumplimiento, sino que analiza otros preceptos normativos de fondo con el fin de adecuarlos a la Constitución 2008 y al Estado Constitucional de Derechos.



3.3.2. Antecedentes.

El 25 de noviembre del año 2008 los señores Silvia Game y Alfredo Luna Narváez interponen acción por incumplimiento ante la Corte Constitucional, en contra del Procurador General del Estado, del Gerente General y del Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.

Demandan la inaplicación del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades, en su literal b). Al considerar que la Corporación Aduanera Ecuatoriana no embarco sus vehículos ortopédicos con base en al dictamen No.01421 emitido por el Procurador General del Estado, en el cual consideraba su inaplicabilidad por ser contrario al artículo 37 literal i) de la Ley Orgánica de Adunas; artículo 50 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres; y, artículo 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotriz.

3.3.3. Demanda.

Los accionantes consideran que se ha dado el incumplimiento de las siguientes normas jurídicas y resoluciones judiciales:

- 1) Del art. 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades que establece que.- La importación de vehículos ortopédicos y no ortopédicos destinados al traslado de personas con discapacidad sin consideración de su edad, deberá ser autorizado por el Consejo Nacional de Discapacidades, y gozara de las exoneraciones a las que se refiere el artículo anterior, en los siguientes casos:
 - a) En caso de vehículos ortopédicos, cuando se destinen y vayan a ser conducidos por personas con discapacidad o movilidad reducida que no puedan emplear otra clase de vehículos.
 - b) Cuando se destinen para el traslado de personas, sin consideración de su edad, con discapacidad gravemente afectada o de movilidad reducida, que no puedan conducir por sus propios medios; vehículos que serán conducidos

exclusivamente por personas debidamente autorizadas y certificadas por el Consejo Nacional de Discapacidades.

El vehículo a importarse podrá ser hasta tres años anteriores al modelo de la fecha de autorización. La persona discapacitada beneficiaria de este derecho, podrá importar por una sola vez, a no ser que justifique debidamente la necesidad de beneficiarse de una nueva importación.

2. De una serie de normas establecidas en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, como son: Art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre las personas con discapacidad; la observación Nro. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre las personas con discapacidad; el artículo 18 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 20 literal b) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el artículo 1 del Acuerdo de Cartagena y Jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia; el artículo 48 de la Carta Andina de Derechos Humanos.
3. Así como también de la resolución No. 0770 – 07 – RA, en la cual mediante acción de amparo constitucional emitida a favor de la señora Silvia Game, se confirman la sentencia del Juez Tercero de lo Civil de Pichincha que conmino al CONADIS a emitir la autorización para la importación de un vehículo de hasta tres años de fabricación anteriores de emitida la correspondiente autorización. Y de la resolución No. 335 -98-TC, en la que El Tribunal Constitucional mediante resolución del 9 de diciembre de 1998, dejó sin efecto varios artículos del Reglamento General de la Ley sobre Discapacidades, entre estos el artículo 76, con excepción de la frase: los vehículos importados serán hasta tres años anteriores al modelo de la fecha de la autorización.

3.3.4. Sobre el dictamen emitido por el Procurador General del Estado.

El Art. 13 de la Ley de la Procuraduría General del Estado determinaba que el Procurador General del Estado podía asesorar y absolver las consultas jurídicas con



carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales, o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos o entidades del sector público y de los representantes legales y convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, excepto cuando se traten de asuntos que hayan sido resueltos por Jueces o Tribunales de la República, o que estén en conocimiento de los mismos... incluyéndose el Tribunal Constitucional.

Así como también el artículo 216 de la Constitución Política de 1998, permitía al Procurador General del Estado el absolver las consultas que se le presentaren en cuanto la inteligencia y la aplicación de las normas constitucionales y legales.

El señor Procurador del Estado mediante oficio 01421 del 23 de junio del 2008, por consulta emitida por el Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Discapacidades, sobre la vigencia y aplicación del art. 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades, señala que dicho artículo es contrario a la normativa de la Ley Orgánica de Aduana, Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y del Convenio de Complementación en el sector automotriz, por lo que en su criterio este artículo resulta inadmisibile.

Declarando como inaplicable al artículo 23 de la Ley Reformatoria de la Ley sobre Discapacidades, al detectar antinomias, mediante las cuales se contravienen otros preceptos normativos, en base a un criterio de interpretación jerárquica.

Es preciso señalar que en este caso la declaratoria de inaplicabilidad de una norma no puede entenderse como incumplimiento. Por lo que el dictamen emitido por el Procurador General del Estado, no puede ser impugnado en cuanto su constitucionalidad por medio de una acción por incumplimiento, ya que para el efecto se ha previsto las acciones de inconstitucionalidad pertinentes.

Por lo tanto se colige que el Procurador cumplió con las atribuciones conferidas por la Constitución y la ley, no existiendo incumplimiento alguno.



3.3.5. Sobre la actuación del Gerente General y del Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.

Los accionantes establecen que la importación de sus vehículos se ha visto suspendida en base al pronunciamiento 01421 del 23 de junio del 2008 del Procurador General del Estado, por lo que solicitan que se emita las respectivas ordenes de embarque, a su favor y a favor de cualquier ciudadano que así lo solicite mediante la correspondiente autorización del CONADIS.

El Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, por su parte, señala que los accionantes presentaron la solicitud correspondiente, pero que en varias ocasiones se les solicitó la entrega de facturas o proformas que acrediten las características individuales de los automóviles que pretendían importar, no haciéndolo y quedando sus trámites como pendientes.

La Corte considera que los accionantes obtuvieron las autorizaciones de importación correspondientes con anterioridad a emitido el dictamen objeto de esta acción, por lo que el mismo no puede ser aplicado con efecto retroactivo y no afectan los derechos de los accionantes, y se constata que a la fecha se encontraban vigentes otras resoluciones que garantizaban la aplicabilidad del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades.

Sin embargo, en el transcurso del proceso se colige que el Gerente General Corporación Aduanera Ecuatoriana mediante varios oficios denegó los sus pedidos de los accionantes, aduciendo normativas que violentaban lo establecido en el artículo 23 y dictámenes vinculantes emitidos por el Procurador de ese entonces, arrojándose funciones que no le competían.

Por lo cual en este caso si se ha configurado una omisión de cumplimiento por parte del Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, con respecto al artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades y dictámenes emitidos por el Procurador General de ese entonces que contenían obligaciones claras, expresas y exigibles.



Y se determina que en cuanto el artículo 44 de la Ley de Aduanas que exige la presentación factura comercial, no se podrá tener como exigencia que solo procede para vehículos nuevos, sino que se debe tener como satisfecho con la presentación del documento equivalente para vehículos usados.

3.3.6. Otras consideraciones emitidas por la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional inicio un examen de constitucionalidad en el cual considera que mediante el dictamen emitido por el Procurador General del Estado, en el cual se prohíbe la importación de vehículos usados y no ortopédicos, se violentó una serie de derechos fundamentales.

Considera que aunque la Ley Reformativa de la Ley sobre Discapacidades no es norma orgánica, la misma regula el ejercicio de derechos fundamentales, y el límite a cualquier tratado o convenio comercial está fijado por estos derechos; así como también por los instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido ratificados, y que prevalecen sobre cualquier norma de rango legal.

Para la Corte la denominación de grupo de atención prioritaria del cual forman parte las personas discapacitadas trae consigo una situación de doble protección, en donde el intérprete debe por un lado generar actos que no limiten sus derechos, y por el otro garantizar sus derechos incluso mediante acciones afirmativas como la generación de beneficios.

Por lo que se considera que el Procurador General no tomo en consideración criterios de razonabilidad y aplicabilidad al emitir su criterio, al señalar que la importación de vehículos de hasta tres años de fabricación tenia repercusiones graves en el medio ambiente y la seguridad de los consumidores, sacrificando derechos fundamentales y llegando a conclusiones inconstitucionales, irrazonables y atentatorias del Estado Constitucional de Derechos.



3.3.7. Ponderación de Derechos: Derechos de las personas discapacitadas como grupo de atención prioritaria vs. Derechos del medio ambiente y derechos del consumidor.

La Corte Constitucional basa su análisis en la fórmula del peso, elaborada por Robert Alexy, de la siguiente forma:

- Derecho cuya vulneración se examina (D1): Derecho a la exención tributaria a favor de la población discapacitada.
- Peso abstracto de D1 (PaD1): No aplicable al caso ecuatoriano en base al art. 11 numeral 6 de la Constitución que determina que todos los derechos tienen una igual jerarquía.
- D2: Derechos del medio ambiente y del consumidor.
- PaD2: Afección que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre D2.

El grado de afección o restricción del derecho a la exoneración tributaria resulta intenso y se le atribuye un valor de 4, el peso abstracto no es aplicable por lo expuesto y en cuanto la seguridad de las premisas fácticas, se puede asegurar que esta restricción afectara a la población discapacitada de autonomía y movilización, por lo cual se atribuye un valor de 1.

Paralelamente la satisfacción del derecho a un medio ambiente sano y a los consumidores se cataloga como media y se atribuye un valor de 2, pues la importación de automóviles de hasta tres años de antigüedad no afecta de manera intensa el medio ambiente ni a la seguridad de los consumidores. En cuanto la seguridad de las premisas fácticas resulta ser plausible, es decir $\frac{1}{2}$ pues se puede determinar que la contaminación ambiental no es solo causada por los automóviles y que la exención no es favorable para toda la población en general.

Exención a favor de las personas discapacitadas:

$$\frac{4 \times 1}{2 \times \frac{1}{2}} = 4$$



Derechos a un medio ambiente sano y del consumidor:

$$\frac{2 \times 1/2}{4 \times 1} = 0.25$$

Por lo tanto la satisfacción de los derechos a un medio ambiente sano y al consumidor, satisfechos en un 0.25%, no justifica la intervención en el derecho de exención a favor de las personas discapacitadas, afectados en 4, los cuales preceden en la ponderación.

3.3.8. Declaratoria de inconstitucionalidad.

Se considera que si bien el dictamen emitido por el Procurador fue valido de acuerdo a la Constitución de 1998, a partir de la Constitución 2008 dicha autoridad debe abstenerse de emitir dictamen relacionado a la aplicación o inteligencia de las normas constitucionales y de instrumentos internacionales de derechos humanos al ser competencia exclusiva de la Corte Constitucional, limitándose a aquellas de rango legal, y declarándose como inconstitucional a las palabras "normas constitucionales" de los artículos 13 y 3 literal d) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

3.3.9. Análisis de Sentencia 002-09-SAN-CC.

En primer lugar es preciso establecer que la sentencia a analizarse viene dada por una acción por incumplimiento presentada ante la Corte Constitucional, la misma que, según el artículo 52 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) tiene por objeto el garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos, que contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible.



En la sentencia, en relación a la acción presentada, se determina lo siguiente:

1. No existe incumplimiento por parte del Procurador General del Estado, pues el mismo ejerce sus actos dentro del marco de las funciones que le concedían tanto la Constitución Política de 1998 como la Ley de la Contraloría General del Estado.
2. Se concede acción por incumplimiento en contra del Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, pues el mismo denegó en varias ocasiones la orden de embarque de los vehículos correspondientes aduciendo los requisitos contemplados en el artículo 44 literal b) de la Ley Orgánica de Aduanas, e incumpliendo el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades y los dictámenes vinculantes emitidos por el Procurador General de ese entonces.

El incumplimiento por parte del Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana afecta a la seguridad jurídica, pues en un Estado Constitucional es imperativo el efectivo cumplimiento tanto de las normas que lo integran, como de las resoluciones de las autoridades competentes. Es por esta razón, que la acción por incumplimiento es considerada como una garantía jurisdiccional que protege derechos fundamentales, en este caso, de las personas discapacitadas como grupo de atención prioritario.

La Corte Constitucional, al percatarse de que existe una vulneración de derechos y con el fin de evitar un estado de irreparabilidad continúa su análisis determinando lo siguiente:

El Procurador General del Estado al emitir su dictamen vinculante, mediante oficio 01421 del 23 de junio del 2008, determina que el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades es inaplicable, al ser incompatible con la normativa contenida en:

- Artículo 27 literal i) de la Ley Orgánica de Aduanas (2003).- Exenciones.- Están exentas del pago de tributos al comercio exterior, excepto las tasas por servicio aduanero, las importaciones a consumo de las siguientes mercancías: Los vehículos ortopédicos, aparatos médicos, ayudas técnicas, herramientas especiales, materia prima para órtesis y prótesis que utilizan las personas con discapacidades para su uso o las personas jurídicas encargadas de su protección.
- Artículo 50 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre (2008).- El Estado propenderá a la utilización de los sistemas inter y multimodales, como



herramientas necesarias que permitan reducir costos operativos, mejora en los tiempos de transporte y eficiencia en lo servicios.

- Artículo 6 del Convenio de Complementación en el sector automotriz (1999).- Con el propósito de garantizar condiciones mínimas de seguridad, de protección del medio ambiente, de defensa del consumidor y de propiedad industrial, los países participantes solo autorizan la importación de vehículos nuevos, del año-modelo en que se realiza la importación o siguiente.

El Procurador General del Estado emite su dictamen en base a un criterio de aplicación jerárquico, que es del todo erróneo e incompatible con el modelo de Estado de Derecho en el que vivimos, pues tal aplicación no solo lesiona derechos, sino que resulta injusta y disconforme con los valores que la Constitución 2008 impregna en el ordenamiento jurídico.

Los jueces y demás autoridades deben dar una atención prioritaria y deben ser cautelosos en la tramitación de todo proceso y toda actuación en el cual se pueda dar la afectación de derechos e intereses de las personas comprendidas dentro de los grupos de atención prioritaria, como son las personas discapacitadas.

La Corte Constitucional mediante juicio de ponderación resuelve que mediante pronunciamiento del Procurador General del Estado se obtiene un resultado injusto, inadmisibles, inconstitucional y atentatorio de los derechos reconocidos a favor de las personas discapacitadas, específicamente de su movilidad y de las exenciones tributarias reconocidas a su favor.

Un resultado injusto es aquel contrario al ordenamiento jurídico, equivocado y arbitrario; uno inadmisibles, es aquel que no puede producir efectos jurídicos, al ser contradictorio con la razón y las normas jurídicas; por último, un resultado inconstitucional, es el que atenta con lo establecido en la norma fundamental, sus principios y sus derechos fundamentales.

Al ordenamiento jurídico hay que interpretarlo y aplicarlo como un todo, no es suficiente una interpretación de la norma aislada que no tome en consideración la intensidad de los derechos en juego.

Finalmente la Corte Constitucional toma las siguientes resoluciones:



1. Declara la inconstitucionalidad reductora de los artículos 13 y 3 literal e) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, sobre la expresión “constitucionales” contenida en estos.

La Corte Constitucional en este caso reduce el contenido de la disposición cuya constitucionalidad se ha impugnado, con el objetivo de mantener a salvo la disposición en su parte restante, lo cual es lo adecuado siempre que se pueda dar esta reducción de manera autónoma “en la parte en que” se da la inconstitucionalidad.

En este caso es correcta la actuación de la Corte, pues como se ha mencionado con anterioridad, el viejo derecho debe adecuarse al nuevo derecho vigente desde la Constitución 2008, en el cual se determina la competencia exclusiva de la Corte Constitucional en cuanto el control, la interpretación y la administración de justicia constitucional.

2. Determina que el artículo 44 literal b) de la Ley Orgánica de Aduanas deberá interpretarse de forma que se admita la presentación de las facturas, pro formas u otros documentos asimilables, eliminando las barreras que se habrían impuesto.

La interpretación conforme a la Constitución pretende que las normas se adecuan a los escenarios constitucionales y que prevalezca la Constitución eliminando la contradicción mediante la interpretación.

En este caso la Corte Constitucional elimina las barreras que se impone a las personas discapacitadas para la importación de sus vehículos, adaptando el precepto que se ha impugnado a la Constitución al no ser necesaria su expulsión del ordenamiento jurídico.

3. Se confiere a la Corporación Aduanera Ecuatoriana 15 días término a partir de la presentación de las facturas, pro formas o documentos asimilables, para emitir las órdenes de embarque de los automóviles correspondientes.

3.4. El juez neoconstitucionalista como garante de los derechos fundamentales

La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales no es una tarea que concierne de manera exclusiva a la Corte Constitucional, sino que atañe en un primer



plano a los jueces y a los tribunales ordinarios de primera instancia, aunque sea esta quien tiene la competencia exclusiva para declarar como inconstitucionales a las leyes.

La Corte Constitucional del Ecuador ha establecido que: “con el surgimiento del neoconstitucionalismo y de conformidad con la realidad ecuatoriana, es preciso e ineludible consolidar la jurisdicción constitucional como una magistratura especializada capaz de poner límites a los poderes fácticos locales o externos, como fórmula primigenia para garantizar los derechos fundamentales; en donde se reconoce la unicidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos: individuales, económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales, para que todos los derechos sean para todas las personas y los pueblos (Corte Constitucional, sentencia del caso No. 027-09-AN).

Es por esta razón que en un Estado de Derecho, como el nuestro, las interpretaciones de los jueces suelen ser progresistas, potencian a los derechos fundamentales y entienden a la Constitución como norma máxima y guía interpretativa. En este sistema la efectividad de los derechos fundamentales no depende del legislador secundario, pues los mismos deben observarse de forma directa, salvaguardándose a través de la interpretación (Penagos, 2010).

Por lo tanto el juez ordinario se encuentra sometido doblemente, por un lado por la ley y por el otro por la Constitución; pues en cada una de sus resoluciones debe cumplir tanto con la normativa constitucional, como con las regulaciones legales vigentes de las cuales no puede disponer a su arbitrio.

La falta de regulación secundaria y los problemas de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones horizontales, son problemas a los que se enfrentan los operadores de justicia día a día. Pues si bien todos los derechos son exigibles, su característica de justiciabilidad inmediata implica que debe existir una reparación ante toda violación de un derecho fundamental, y que el contenido de la ley se debe ajustar a los derechos sin posibilidad de desfigurarlos.

El artículo 5 del Código Orgánico de la Función Judicial señala que: Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o



desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Frente a un caso en concreto el Juez no puede limitarse a realizar un simple examen de legalidad, en especial en aquellos casos en los que se limite o se ponga en peligro a un derecho fundamental, cuando exista una controversia entre derechos, se busque llenar una laguna del derecho constitucional, o cuando sea coherente el interpretar las normas a la luz de la Constitución.

Es aquí en donde la interpretación adquiere una importancia incuestionable, pues el Juez debe interpretar de la manera que resulte más óptima para la realización de las normas pertinentes en el caso concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso, la Constitución, los derechos de las partes y la ley.

La efectividad de los derechos fundamentales recae en las manos del juez, el mismo que debe interpretarlos de manera progresiva coadyuvando a su pleno ejercicio y reconocimiento en el ordenamiento jurídico.

CONCLUSIONES

1. El neoconstitucionalismo es una teoría jurídica que surge en el marco del Estado Constitucional de Derecho y se caracteriza por la presencia de una Constitución suprema, que regula no solo la organización del Estado, sino que es además es fuente de derechos y obligaciones de directo e inmediato cumplimiento, lo cual otorga un nuevo protagonismo de los jueces frente a la actividad del legislador.
2. A pesar de ser una teoría jurídica controvertida, el neoconstitucionalismo se encuentra presente en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en los cuales se evidencian fenómenos tales como:
 - La promulgación de textos constitucionales: materiales, rígidos, supremos, extensos y vinculantes.
 - Incorporación de amplios catálogos de derechos fundamentales en la Constitución, y la indicación de que tal enumeración no es limitativa, por lo que no excluye a otros derechos derivados de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y la dignidad de las personas.
 - Cambios en el desarrollo de las actividades jurisdiccionales, al adquirir el juez un rol de mayor importancia, como garante de los derechos fundamentales.
 - Adecuación formal y material de las leyes, por parte de órganos con capacidad normativa, a la Constitución.
 - Ejercicio de control de constitucionalidad de las leyes mediante la creación de órganos especializados.
 - Preeminencia de los derechos fundamentales y de su garantía por medio de las garantías jurisdiccionales.
3. Los jueces acceden de forma directa a la Constitución y aplican de manera inmediata los derechos y principios contenidos en esta, aun a falta de regulación secundaria. Sin embargo, el juez debe aplicar la ley conjuntamente con la normativa constitucional, como a un todo, no deben asumir una tarea creadora del derecho y desconocedora de la ley.



4. La aplicación de la Constitución no es una tarea que corresponde tan solo a la Corte Constitucional, sino que concierne en un primer momento a los jueces y tribunales ordinarios, los cuales deben erguirse como garantes de los derechos fundamentales. En nuestro país tal práctica es muy limitada, pues mediante el análisis de diversas sentencias se puede evidenciar la ligereza y el poco razonamiento que se utiliza al momento de aplicar la normativa constitucional y la contenida en los instrumentos internacionales de derechos humanos.
5. La Corte Constitucional ecuatoriana, mediante sus respectivos precedentes jurisprudenciales y con mención expresa del neoconstitucionalismo, han desarrollado el contenido de los derechos establecidos tanto en la Constitución como en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, así como los alcances y garantías de los mismos.



BIBLIOGRAFIA

- Ávila, P. (Ed.). (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ecuador, Quito: Editorial V&M Graficas.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Colombia: Universidad Externado.
- Bobbio, N. (2009). *Autobiografía: a cura di Alberto Papuzzi*. Roma: Laterza.
- Cabanellas, G. (2011). *Diccionario Jurídico Elemental*. Quito. V&M Graficas.
- Cantor, E. & Rodríguez, M. (2003). *Las Generaciones de los Derechos Humanos*. Colombia: Editorial Pagina Maestra Ltda.
- Carbonell, M. (2003). *Neoconstitucionalismos*. España. Editorial Trotta.
- Carbonell, M. (2010). *El canon neoconstitucional*. 1era edición. Madrid: Editorial Trotta.
- Cárdenas, A. (2011). *Interpretación Constitucional: Mecanismo de sensibilización en la protección de derechos*. Quito: Cevallos editorial jurídica.
- Montaña y Pazmiño. (2013). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana, en algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
- Villabela, C. (2014). *Nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿Un nuevo paradigma?* México.

RECURSOS DIGITALES: LIBROS Y PUBLICACIONES WEB

Alexy, R. (2003). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional: La fórmula del peso*. Alemania. Recuperado de: <https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=0ahUKewjnu7vz3eDRAhUKSSYKHd-5DYoQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.biblio.dpp.cl%2Fbiblio%2FDataBank%2F4271.pdf&usg=AFQjCNHfVDN5NMUPeyIEvyjgvi0r0lrtGg&sig2=ARrWgIJOCCHGOz2y1YSveA>



Ávila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Ecuador, Quito: Ediciones Abya-Yala. Recuperado de: <http://www.rosalux.org.ec/attachments/article/239/neoconstitucionalismo.pdf>

Ávila, R. (2012). *En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos*. Recuperado de: <http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>

Barak, A. (2010). *Law & Ethics of Human Rights*. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/328048782/Derechos-Balance-y-Proporcionalidad-A-Barak-pdf>

Belloso, N. (2014). *El neoconstitucionalismo a debate: La principio logia y al arbitrariedad*. Recuperado de: <https://www.google.com/search?q=EL%20NEOCONSTITUCIONALISMO%20A%20DEBATE:%20ENTRE%20LA%20PRINCIPIOLOG%C3%8DA%20Y%20LA%20ARBITRARIEDAD%20bellosa&wdnwtto=1>

Benavides, J. (2012). *Los derechos humanos como norma y decisión: una lectura desde la filosofía política*. Quito. Corte Constitucional del Ecuador – Crítica y derecho, 6. Recuperado de: https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/los_derechos_humanos_como_norma_y_decision.pdf

Bernal, C. (2011). *El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/344/5.pdf>

Bernal, C. (2005). *Estructura y límites de la ponderación*. España. Recuperado de: <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD49949854.pdf>

Bernal, C. (2006). Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. *¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales en la Constitución Española?* Recuperado de: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf



Carbonell, M. (2011). *El fundamento de los derechos fundamentales*. Madrid. Editorial TROTТА. Recuperado de: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Derechos_fundamentales_ferrajoli.pdf

Carbonell, M. (2012). *Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad*. Recuperado de: http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38630044/MARBURY-VERSUS-MADISON-CARBONELL.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1478980795&Signature=FmE%2B%2FrV9jiMecFj29S%2BtMmU7n1s%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DMARBURY_VERSUS_MADISON_CARBO NELL.pdf

Castañeda, M. (2014). *El Principio Pro Persona: Experiencias y Expectativas*. México. Recuperado de: http://www.sitioswwwweb.com/miguel/libro_principioProPersona.pdf

Castell, R. (2014). *El neoconstitucionalismo en América Latina*. Recuperado de: http://www.la-razon.com/index.php?url=/la_gaceta_juridica/neoconstitucionalismo-America-Latina-gaceta_0_2147185385.html

Castell, R. (2014). *El neoconstitucionalismo en América Latina*. Recuperado de: http://www.la-razon.com/index.php?url=/la_gaceta_juridica/neoconstitucionalismo-America-Latina-gaceta_0_2147185385.html

Comanducci, P. (2002). *Formas de neoconstitucionalismo: Un análisis metateórico*. Recuperado de: <https://www.upf.edu/filosofiadeldret/pdf/comanducci-formas.pdf>

Diccionario de la RAE. Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=MaZWBEH>

Drnas de Clément, Z. (s.f). *La complejidad del principio pro homine*. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>



Ferragoli, L. (2010). *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista*. Universidad de Roma. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30355.pdf>

Figuerola, E. (2010). *Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional*. Perú. Recuperado de: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>

García, J. (2010). *Ponderación y subsunción: métodos intercambiables*. Recuperado de: <http://www.garciamado.es/2014/06/ponderacion-y-subsuncion-metodos-intercambiables/>

Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. México. Recuperado de: http://eva.universidad.edu.uy/pluginfile.php/326696/mod_resource/content/2/Teor%C3%ADa%20pura%20del%20Derecho%202%C2%AA%20ed

Leiva, F. (2014). *Hacia un constitucionalismo moderado o deferente*. Recuperado de: https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&ved=0ahUKEwik3P31wMzQAUhUFRCYKHfr8Dz0QFghHMAY&url=http%3A%2F%2Fwww.revistaderechopublico.uchile.cl%2Findex.php%2FRDPU%2Farticle%2Fdownload%2F35661%2F37332&usg=AFQjCNEcvba22mM_jgFjxibIiUiYq0zqhA&sig2=B6ljuFbiNyHh8iCqyJq9pg

López, D. (2001). *El derecho de los jueces*. Colombia. Recuperado de: https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjFo6PasrbRAhWK5CYKHU0_DhoQFggaMAA&url=https%3A%2F%2Fzoonopolitikonhomoeconomicus.files.wordpress.com%2F2015%2F02%2Fel-derecho-de-los-jueces.docx&usg=AFQjCNGjIx4tBo89h25MXxyd98XLZLgp7w&sig2=Aap2tW_L387O0NwCT9hgbg

Morales, J. (2009). *Discrecionalidad e independencia del juez como base para la reforma de justicia en el Perú*. Recuperado de: https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiGtaTgk7nRAhWD7SYKHZ4mCZUQFggaMAA&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5084856.pdf&usg=AFQjCNEFY5dOwNgs5XUz4LCYW_oFHBbQtA&sig2=t_eNayhddvUkFSDrLdTtA



Moreso, J. (2003). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional: La fórmula del peso*. Alemania. Recuperado de: <https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=0ahUKEwjnu7vz3eDRAhUKSSYKHd-5DYoQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.biblio.dpp.cl%2Fbiblio%2FDataBank%2F4271.pdf&usg=AFQjCNHfVDN5NMUPeyIEvyjgvi0r0lrtGg&sig2=ARrWgIJOCCHGOz2y1YSveA>

Moreso, J. (2005). *Guastini sobre la ponderación*. España. Recuperado de: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/guastini-sobre-la-ponderacin-0/>

Picado, C. (2014). *El derecho a ser juzgado por un juez imparcial*. Revista IUDEX. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32673-1.pdf>

Pozzolo, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Genova. Recuperado de: https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjL3c6roc_QAhUGbiYKHXMKAhAQFggbMAA&url=http%3A%2F%2Frua.ua.es%2Fdspace%2Fhandle%2F10045%2F10369&usg=AFQjCNF96cp-VKHOL12p0IFCUeZ_5UKOgw&sig2=UcOQrtNbdGY-IPgYilwiQQ

Pozzolo, S. (2008). *Apuntes sobre “neoconstitucionalismo”*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/13.pdf>

Prieto, L. (2011). *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. España. Recuperado de: [https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(201-228).pdf)

Prieto, L. (22 de marzo de 2011). *Entrevista al Dr Luis Prieto Sanchís (España). Neoconstitucionalismo*. España. Recuperado de: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2011/03/22/entrevista-al-dr-luis-prieto-sanchis-espana-neoconstitucionalismo/>

Salazar, P. (2012). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (Una perspectiva crítica)*. Argentina. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf>



Santiago, A. (2008). *Sistema Jurídico, Teoría del Derecho y Rol de los Jueces: Las novedades del neoconstitucionalismo*. Colombia. Recuperado de: https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjf9KuFmfTQAhWB8CYKHx9dDswQFggaMAA&url=https%3A%2F%2Fdialect.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2975893.pdf&usg=AFQjCNGMLmpC2vP5MNt_YUtcXuf0U2DoWQ&sig2=Rvd4x7CgfBn9hlfU-4yv7w

Schwabe, J. (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Recuperado de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf

Vilhena, O. (2011). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI. Desigualdad estructural y Estado de Derechos*. Buenos Aires. Recuperado de: http://www.unsam.edu.ar/ciep/wp-content/uploads/pdf/leticia_vita.pdf

INSTRUMENTOS NORMATIVOS

Carta Magna Inglesa. (1215).

Bill of Rigts. (1689).

Petition of Rights. (1628).

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966).

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (1966).

Constitución Política de la República Federativa del Brasil. (1988).

Convención sobre los derechos del niño. (1989).

Constitución Política de Colombia. (1991).

Convenio de Complementación en el Sector Automotriz. (1999).

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. (2006).

Ley Orgánica de Aduanas. (2003). Registro Oficial Suplemento 219 de 26 de noviembre de 2003.



Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. (2004). Registro Oficial 312, de 13 de abril de 2004.

Ley Orgánica de Transporte Terrestre Transito y Seguridad Vial. (2008). Registro Oficial Suplemento 398, de 07 de agosto de 2008.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial Nro. 449, de 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico de la Función Judicial. (2009). Registro Oficial Suplemento 544, de 09 de marzo de 2009.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). Registro Oficial N° 52 Jueves 22 de Octubre del 2009.

RESOLUCIONES JUDICIALES

- Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia C-104-16.
- Corte Constitucional del Ecuador, (2013). Sentencia Nro. 037-13-SCN-CC.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2009). Sentencia 002-09-SAN-CC.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2009). Sentencia del Caso No. 027-09-AN